Ueber die
Proceßkosten,
deren
Vergütung
und
Compensation.

von

D. Adolph Dieterich Weber,
der Rechtsgelahrheit ordentlichem öffentlichen Lehrer, auf
der Herzoglich Mecklenburgischen Universität
zu Rostock.

Vierte unveränderte Auflage.

Schwerin und Wismar,
in der Boednerschen Buchhandlung 1798.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Nachricht an den Leser.

Die Verlagshandlung meldete mir auch dießmal den gänzlichen Abgang der vorigen Ausgabe, als ich ihn noch nicht vermuthete, und es war mir daher wegen anderer Arbeiten nicht möglich, den zur Ostermesse gewünschten Abdruck mit Zusätzen oder erheblichen Veränderungen zu begleiten; daher auch diese vierte Ausgabe der vorigen gleich geblieben ist. Indessen glaube ich die Gründe für meine Meinung hinlänglich ausgeführt zu haben. Auf die Einwürfe, welche man mir gemacht hat, werde ich, wenn es meine Zeit erlaubt, einmal besonders antworten. Ueber-

haupt scheint es mir zweckmäßiger, und den Besitzern der vorigen Ausgabe wird es ohnehin lieber sein, wenn diese Antwort von der Schrift selbst getrennt bleibt.

Die vermeinte Billigkeit, welche man vorzüglich gegen mich anführt, kann hier nichts entscheiden, weil sie uns am Ende dem Gutdünken der Gerichte Preiß giebt. Und soll es zur Compensation der Kosten einen hinreichenden Grund abgeben, wenn der Richter das Recht zweifelhaft findet, so bitte ich doch auf die Folgen Rücksicht zu nehmen, welche hieraus in der Anwendung entstehen. Das ius dubium ist sehr relativisch. Gerade der gründlichste Rechtsgelehrte findet da Zweifel, wo ein Richter von mäßigen Begriffen alles klar zu sehen glaubt, und was dieser anstößig und ungewiß hält, findet jener kaum eines Zweifels fähig. Eben so ist es mit den Scheingründen, die der verlierende

Theil

Theil vor sich haben kann. Wer soll es beurtheilen? Was dem Einen Scheingrund sein kann, macht auf andere vielleicht gar keinen Eindruck. Ferner ist es eine Frage: wie lange man in gewissen Rechtssätzen das Zweifelhafte derselben als wirksam auf den Kostenpunkt annehmen darf? Ist es noch ius dubium, daß Kauf vor Miethe geht?, daß ein Käufer, der auf Gewährleistung Verzicht geleistet hat, der Regel nach auch das Kaufgeld nicht wiederfordern könne? Berühmte Rechtslehrer sind freilich der gegenseitigen Meinung; an Scheingründen, die einer Partei das Gegentheil glaublich machen können, fehlt es gewiß nicht. Müssen daher noch immer, wenn auch die Hauptsache nach jenen Sätzen entschieden wird, dennoch die Kosten verglichen werden? Oder wo ist in Fällen dieser Art die eigentliche Gränzlinie?, wer mag sie bestimmen? Immer bin ich überzeugt, daß die Einwürfe, wel-

che man mir gemacht hat, anstatt die Sache auf gewisse Regeln, wonach jeder den Ausgang in Ansehung der Kosten vorhersehen kann, zu bringen; uns wiederum gänzlich auf das ungewisse Gutdünken der Gerichte zurückführen. Nicht nur mit der Compensation der Kosten, sondern auch mit der Aussetzung des Kostenpunkts werden hin und wieder Ungerechtigkeiten begangen. Ich empfehle darüber in vorkommenden Fällen die wolgerathene Schrift *C. D. R. Martin* dissert. de iuste suspendendo Iudicio de expensis seu von Aussetzung des Kostenpunkts. Goetg. 1796. zur Nachlese.

Rostock den 10ten März 1798.

Inhalt.

Inhalt.

§. 1. Begriff und Eintheilung der Proceß-kosten . . . . Seite 1.

§. 2. Rechte und Verbindlichkeiten in Ansehung der Proceßkosten überhaupt; und in welcher Hinsicht solche eigentlich hier abgehandelt werden. . . . Seite 7.

§. 3. Allgemeine Vorschriften der gemeinen Rechte; a) von Vergütung der Proceßkosten. Seite 9.

§. 4. b) Von der Compensation der Kosten; die gewöhnliche Theorie von der probabili litigandi causa ist unsicher, und giebt zu vielen Misbräuchen Gelegenheit. Versuch einer genauern Entwickelung der Sache; die Erstattung der Proceßkosten muß nach den Grundsätzen von der Schadensersetzung überhaupt behandelt werden. . Seite 37.

§. 5. Fortsetzung des vorigen; der sachfällige Theil haftet hier nicht allein wegen vorsätzlicher Ungerechtigkeit, sondern auch das geringste Versehen (culpa levissima) fällt ihm zur Last, und er ist im Zweifel allemal in die Kosten zu verurtheilen. . Seite 42.

§. 6. Die Compensation der Proceßkosten setzt zum voraus, daß dem sachfälligen Theile ein schuldloser Irrthum, oder eine in Ansehung des gerichtlichen Streits unschädliche Unwissenheit zu Statten komme; welches zuerst in Rücksicht auf Thatsachen näher untersucht wird . Seite 53

§. 7. und 8. Ob dem sachfälligen Theile ein Irrthum in Ansehung des Rechts zur Entschuldigung gereicht? ; ; Seite 62. 63.

§. 9. Vorzüglich, wenn die Entscheidung der Sache von einer streitigen Rechtsmaterie abhängt, oder auf Erklärung dunkler Gesetze beruhet? ; ; ; Seite 66.

§. 10. Ob das Ansehen der Rechtsgelehrten, insbesondere responsa iuris eine Compensation der Kosten rechtfertigen können? ; Seite 84.

§. 11. Ob die Kosten zu vergleichen sind, wenn der verlierende Theil praeiudicia iuris, oder gar schon in der verhandelten Sache selbst günstige Erkenntnisse vor sich hat? Seite 104.

§. 12. Ferner, wenn die Sache nach geleistetem Eide entschieden worden ist ; Seite 119.

§. 13. Von den übrigen Fällen, wo man wegen des persönlichen Verhältnisses der Parteien, oder wegen anderer Gründe, die Kosten zu compensiren pflegt. ; ; Seite 136.

§. 14. Was ist in Ansehung der Kosten Rechtens, wenn das Urtheil auf eine vermischte Weise ausfällt? — Allgemeine Grundsätze zur nähern Bestimmung dieser Frage; imgleichen von Verurtheilung des obsiegenden Theils in die Kosten; und was derjenige überhaupt zu leisten habe, dem die Vergütung derselben auferlegt ist. ; ; Seite 147.

Ueber

Ueber die Proceßkosten, deren Vergütung, und Compensation.

§. 1.

Auch im Tempel der Gerechtigkeit gilt der Satz: **Wer am Altar dient, soll vom Altar leben.** Die Justiz ertheilt ihre Aussprüche nicht unentgeldlich; sondern wer einmal den Weg Rechtens ergreift, der hat sich mit Richtern, Advocaten, Notarien Schreibern, und den übrigen Dienern der Gerechtigkeit abzufinden; auch manche andere Kosten zu bestreiten, welche zum Theil eine nicht unbeträchtliche Einnahme

des Landesherrlichen Fiscus ausmachen. Z. B. für Stempelpapier u. d. m. **Alle Ausgaben nun, welche die Rechtsverfolgung, oder Vertheidigung im Wege Rechtens betreffen,** gehören zu den **Proceßkosten** in der weitläufigsten Bedeutung [*]). Sie werden verschiedentlich eingetheilt; indem

1) nach den mancherlei Arten des Processes, auch eben so viele Gattungen der Kosten entstehen; wiewol dasjenige, was die Gesetze und Proceßordnungen eigentlich bei Gelegenheit des Civilprocesses von den Kosten enthalten, meistens auch bei den übrigen besonderen Proceßarten zur Anwendung kommt; und vorzüglich nur der Concursproceß, und das Verfahren in peinlichen Fällen, sich durch besondere Rechtsverhältnisse, in Ansehung der

*) *Ioh. Otto* TABOR, *Repetitio materiae de Expensis*; Argent. 1644. th. 70. sequ. *Ioh.* BORN Diss. de expensis; Lipsiae 1642. *Aug.* LEYSER de expensis ciuilibus; in dessen Meditat. ad Pandect. Spec. 83. *Ad. Fridr.* ZVR NEDDEN *de expensis litium*. Argent. 1672. *Henr.* TEMMEN de litium expensis; Colon. 1720. *Franc. Ioseph. Ignat.* HIEMER Dissert. de litium expensis. Argent. 1749. *Guil.* LVDWELL de litium expensis. Altorf. 1659.

der Kosten, von den übrigen auszeichnen [2]). Siehet man aber

2) auf die nächste Veranlassung der Proceßkosten: so werden sie entweder für die Bemühungen der Gerichtspersonen entrichtet, oder sie betreffen etwas Anderes. Die erstern nennt man **gerichtliche Kosten, Gerichtsgebühren, Sporteln** [3]); die leztern aber **aussergerichtliche Kosten. Zu den Gerichtsgebühren** gehört alles, was der Richter, der Gerichtsschreiber, die Gerichtsboten und Executoren von den Parteien bekommen; es mögen übrigens die Gerichtspersonen diese Sporteln für ihre Bemühungen

 selbst

[2]) *Dan.* NETTELBLADT de sumtibus concursus creditorum. Halae 1754. *I. H.* BOEHMER de expensis criminalibus. Halae 1716. in dessen Exercitat. ad Pand. T. VI. n. 98. *Phil. Iac.* HEISLER de expensis criminalibus in processu inquisitionis. Halae 1769. *Io. Christ.* ESCHENBACH de expensis criminalibus stricte sic dictis. Rostochii 1781.

[3]) *Erasm.* VNGEPAVER de Sportulis. Ienae 1653. *Henr.* MELICH de Sportulis. Lips. 1683. *I. Christ* HEDLER de variis modis lucrandi sportulas iudiciales; von der Gerichts-Sportelsucht. Vitemb. 1738. *Henr.* BROCKES de Sportulis; Duisb. ad Rhen. 1668.

selbst behalten, oder solche dem Herrn, der sie besoldet, zu berechnen haben. Die **aussergerichtlichen Kosten** begreifen das Honorarium der Advocaten und Anwälde, die Notariats- und Abschriftsgebühren, die Auslagen für Stempelpapier, das Briefporto, Botenlohn, ingleichen die von einer Partei wegen des Processes sowol für sich, als für Andere, z. B. für den Sachwalter, für die Zeugen u. s. w. aufgewandte Reise- und Zehrungs-Kosten, unter sich. Ferner sind die Kosten 3) nach Verhältniß des Aufwandes und dessen Zweckmäßigkeit, entweder **nothwendige**, oder **willkührliche Ausgaben**, je nachdem sie entweder zum rechtlichen Betrieb der Streitsache nach vollkommenen Rechten erforderlich sind, oder nicht. Zu den **nothwendigen** Kosten gehören die ordentlichen Gerichtsgebühren, das gesetzmäßige Honorarium der Advocaten und Procuratoren. **Willkührliche** oder entbehrliche Ausgaben (expensae delicatae) sind die Gebühren der Facultäten und Privat-Doctoren für ertheilte Rechtsbelehrungen, ingleichen, wenn die Verschickung der Acten nicht von Amts wegen verfügt ist; überhaupt aber alles, was über die gesetzliche Quantität der rechtmässigen Gebühren, oder sonst unnöthi-

nöthiger Weise bezahlt wird, wenn es auch an sich nicht unerlaubt sein sollte. 4) In besonderer Rücksicht auf die Bestandtheile des rechtlichen Verfahrens, oder die Handlungen, welche nach und nach im Proceß geschehen, sind die Proceßkosten, entweder **Kosten einer ganzen Instanz**, oder eines **einzelnen Stücks des Processes** [4]). Zu den leztern gehören z. B. die Kosten eines Termines [5]). Jene aber sind entweder Kosten der **ersten Instanz**, oder der zweiten und folgenden Instanzen. — Z. B. der Restitutions, Leuterungs, Supplications, und Appellations Instanz. Die Kosten der ersten Instanz werden auch **im engern Begriff Proceßkosten** schlechthin genannt. 5) In Rücksicht auf die Verbindlichkeit, zur Vergütung der dem Gegner verursachten Kosten, entstehen wieder, nach der Veranlassung, welche diese Verbindlichkeit nach sich ziehet, mancherlei Arten der Kosten. Sie können nämlich verursacht sein:

4) Gottlob Eusebius **Oelze** Anleitung zur gerichtlichen Praxis §. 285.

5) *Gebh. Christ.* BASTINELLER *de expensis termini*, Vitemb, 1717.

a) durch Ungehorsam, oder Nichtbefolgung gerichtlicher Vorschriften. — Dies sind die sogenannten Contumacial-Kosten, expensae contumaciae;

b) dadurch, daß eine Partei gewisse vergebliche Auftritte vor Gericht veranlasset, und den rechtlichen Fortgang der Sache ungebührlich aufgehalten hat: — dahin gehören die Kosten des verzögerten Streits, expensae retardatae litis, ingleichen die Kosten wegen geänderter Klage ꝛc.

c) überhaupt dadurch, daß Jemand einen Rechtsstreit geführet hat, in welchem er am Ende sachfällig geworden ist. — Diese pflegt man **widerrechtlich verursachte Kosten schlechthin, auch Kosten der ganzen Sache, Kosten des verlohrnen Rechtsstreits**; expensas victoriae s. totius causae zu nennen [6]).

§. 2.

[6]) *Henrici* BODINI Diss. de expensis victoriae non praestandis. Halae 1699. *VV. A.* LAUTERBACH de expensis victoriae. Tubing. 1663. *Dav.* PESTEL de expensis victoriae aliisque varii iuris capitibus. Rintel. 1675. *Sigm. Henr.* HÜLSE de litium expensis, quas victus ob non iustam

§. 2.

Nach der Natur der Sache ist freilich ein Jeder, dessen Angelegenheit vor Gericht betrieben wird, in der Regel verbunden, die Kosten vorerst zu bestreiten, welche mit seinen Anträgen und den dadurch veranlaßten gerichtlichen Verfügungen unmittelbar verknüpft sind. Daß also das Gericht in Ansehung der Sporteln sich zunächst an den Extrahenten [1]), der Advocat und Anwald an seine Partei [2]), der Notarius an seinen Requirenten, der Zeuge wegen der Reise- und Zehrungs-

iustam litigandi causam praestare tenetur. Argent. 1675. Seyfarth teutscher Reichsproceß. Cap. 33. §. 1.

[1]) Hierüber verdienen weiter nachgelesen zu werden: *Temmen* de lit. expensis cap. 4. MEVIUS P. 3. Decis. 424. REINHARTH de erroribus pragmaticorum in doctrina de compensatione expensarum §. 13. *Christ.* SPECHT Diss. quando et quibus liceat, aliquem ob non solutas expensas a iudicio arcere; §. 1--5. BORN de expensis thesi 7.

[2]) Auch der Procurator kann sich wegen seines Honorarii und der gehabten Auslagen nach der Regel nur an den Principal selbst, nicht aber an dem Advocaten halten; obgleich dieser ihm das Geschäffte übertragen hat. MEVIUS P. 8. Decis. 72.

Kosten an den Producenten zu halten befugt sei; daß Commissions-Kosten von demjenigen, der die Commission erwirkt hat, vorerst bestritten werden müssen; alles dieses folgt aus der obigen Regel von selbst. Inzwischen kann ein streitender Theil in mehr, als einer, Hinsicht befugt sein, in Ansehung der Proceßkosten sich wieder an Andere zu halten. Ich beschränke mich aber in der gegenwärtigen Abhandlung blos auf diejenige **Entschädigung**, welche Jemand **von seinem Gegner**, wegen der verursachten Proceßkosten, zu verlangen berechtigt ist, ohne mich auf diejenigen Fälle einzulassen, wo ein Proceßführender, noch im Laufe des Streits, die vorläufige Bestreitung der dazu erforderlichen Kosten von Andern fordern [3]), oder die Vergütung bereits gehabter Kosten,

[3]) *Iac. Frid.* LVDOVICI de expensis litis actori a reo subministrandis Halæ 1712. *Henr.* HILDEBRAND de prænumeratione expensarum parti aduersæ lite pendente facienda. Alt. 1707. *Io. Ierem.* LINCKER de alimentis et expensis litis aduersario litem intendenti praestandis. Giessæ 1694. Joh Ludw. Schmidt öffentliche Rechtssprüche Nr. 96. Seite 638. Joh. Gottlob Hennig von Alimentation der Eheleute und denen Kosten während des Scheidungs-Processes §. 54. folg.

sten, nicht sowol von dem bisherigen Gegner, als vielmehr von andern Personen, gegen welche in der Hauptsache die Regreßklage Statt findet *), begehren darf.

§. 3.

Im Ganzen ist es wol unleugbar, daß derjenige, dem ein ungerechtes Streiten vor Gericht, eine ungebührliche Verschleppung der Sache, und Entfernung der Rechtshülfe zur Last fällt, nach Billigkeit und Recht die Kosten bezalen müsse, welche er dem Gegner verursacht hat. Indessen ist es fast unglaublich, wie oft dieses in Gerichten gänzlich verkannt wird, und mit welchem Leichtsinne man, statt der rechtlichen Verurtheilung in die Kosten, sich eine Compensation derselben erlaubt, ohne zu bedenken, wie sehr dieses den Vor-

*) Z. B. die Entschädigung, welche der Bürge von dem Hauptschuldner, oder der Käufer vom Verkäufer im Evictions-Fall zu fordern berechtigt ist; TEMMEN de litium expens. Cap. XI. Dahin gehört auch vorzüglich der Fall, wenn dem Richter ein ungerechter Ausspruch, oder sonst ein widerrechtliches Verfahren zur Last fällt, weshalb ihm die Verbindlichkeit obliegt, die Kosten zu vergüten, welche durch seine Pflichtwidrigkeit veranlaßt worden sind. Siehe unten §. 11 am Ende.

schriften der Gesetze und aller Billigkeit zuwider sei [1]). Die Proceßkosten sind oft, nach Verhältnis des Objects der Hauptsache, und nach den Vermögens-Umständen dessen, dem sie durch ungerechten Streit verursacht worden sind, von solcher Wichtigkeit, und von solchem Belange, daß schon in dieser Hinsicht die Urtheilsverfasser sich billig enthalten sollten, den Kostenpunkt, als eine unbedeutende Nebensache, zu behandeln, und mehr den Scheingründen einer übel angewandten Billigkeit, welche im Grunde wirkliche Ungerechtigkeit ist, als den Vorschriften der Gesetze und des Rechts, dabei nachzugehen.

Zu den vielen Misbräuchen, welche in dieser Hinsicht nach und nach in die Gerichte eingeschlichen sind, findet sich hauptsächlich ein gedoppelter Anlaß. **Einmal** fehlt es an ausdrücklichen Gesetzen, welche in vorkommenden Fällen **allemal** zur gewissen Richtschnur dienen könnten. Es kommt meistens darauf an, den Abgang bestimmter Vorschriften durch Vernunftgründe, und mit Hülfe der Analogie zu ergänzen. Und da scheint die

[1]) *Ioh.* de FRICCIUS de Sententia iudicis per se iusta, sed per compensationem expensarum iniusta.

die Lehre vom Ersatz der Proceßkosten noch nicht von allen Seiten die Betrachtung, welche sie verdient, gefunden zu haben; vielmehr ist **zweitens** eine reichhaltige Quelle von Unrichtigkeiten in der Theorie und Anwendung daher entstanden, daß man diese Lehre noch nicht sorgfältig genug auf diejenige Hauptmaterie im Systeme des Rechts, welche eigentlich die wahren analogischen Gründe dazu hergiebt, zurückgeführet hat. Vor allen Dingen ist auszumachen, 1) ob die Erstattung der widerrechtlich verursachten Kosten als **eine** Strafe des ungerechten Processirens, oder nur als eine Entschädigung des obsiegenden Theils zu betrachten sei? Ist dieser Punkt gehörig berichtigt: So fragt sichs 2) Was ist in Ansehung dieser Vergütung Rechtens; wem liegt sie ob, und was kann davon befreien. Die **erste Frage** betreffend: So ist die Erstattung der Proceßkosten ohne Zweifel keine Strafe, sondern eine Entschädigung dessen, dem diese Kosten widerrechtlich verursacht worden sind. Mir schien es bei der ersten Ausgabe kaum nöthig, diesen Satz umständlich, und mit allen Gründen, die ihn unwiderleglich machen, zu unterstützen. Ich fand ihn zu evident, als daß ich den Fall möglich glauben konnte, daß Jemand

bei

bei einiger Prüfung der Sache das Gegentheil würde behaupten können. Indeß hat sich ein Gegner gefunden, dessen Einwürfe gegen meine Theorie von Erstattung der Proceßkosten sowol überhaupt, als auch besonders gegen diesen Grundsatz, worauf meine Lehre hauptsächlich beruhet, eine nähere Entwickelung der Sache nothwendig machen [2]). Im Allgemeinen liegt das Unterscheidende einer Strafe und Schadensersetzung schon nach der Natur der Sache sehr klar zu Tage, und ich kann die Gränzlinie zwischen beiden wol nicht deutlicher, als mit den Gesetzen selbst, bezeichnen. *Rei persecutionem* continent actiones, quibus persequimur id, quod ex patrimonio nobis abest. L. 35. D. de obl. et act. Ueber diese Stelle sagt **Vinnius** sehr richtig: Opponit iurisconsultus persecutionem eius, quod ex patrimonio nobis abest, persecutioni poenae. Itaque ex contrario definiemus, illas actiones *poenae persecutionem* habere, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis non abest. Ex patrimonio abesse autem dicuntur haec

[2]) Herr Postdirector **Hennemann** Beitrag zu der Rechts Theorie von Erstattung der Proceßkosten. Schwerin und Wismar 1789.

haec quatuor: quod est in patrimonio sed ab ab alio tenetur; *quod esse desiit, sed ex obligatione restituendum est*; quod nobis debetur ex contractu; *quodcunque eius, quod nobis abest aestimationem* continet. Quare quaecunque sunt actiones, quibus horum aliquid persequimur, eas dicemus esse rei persecutorias; et rursus e contrario, quae alicuius rei ex superioribus persecutionem non habent, eas dicemus esse poenales [3]). Wer siehet aber hieraus nicht deutlich, wohin die Proceßkosten eigentlich gehören. Wem diese wieder erstattet werden, der bekommt ja nichts mehr, als was ihm **aus dem Seinigen** durch widerrechtliches Processiren ist entzogen worden. Auf sie paßt also der Character, quod ex patrimonio abest, — quod esse desiit, sed ex obligatione restituendum est —, quod eius, quod nobis abest, aestimationem continet, vollkommen. Der gerichtliche Proceß vertritt, in der bürgerlichen Gesellschaft, die Stelle der Selbsthülfe und des Krieges im natürlichen Zustande. Daher hat auch **Grotius** nicht unrecht, wenn er die Proceßkosten den Kriegskosten, welche

3) *Arn.* VINNIUS ad §. 16 I. de Actionib. p. m. 815.

welche offenbar zur Entschädigung des Siegers, nicht zur Strafe bezahlt werden, an die Seite setzt *). Eine Strafe hingegen setzt immer im eigentlichen Verstande ein Uebel voraus, welches, ausser der Vergütung des angerichteten Schadens, mit der Uebertretung des Gesetzes verknüpft ist. Ich weiß wohl, daß die Gelehrten diesen unterscheidenden Character in ihren Begriffen von der Strafe nicht auszudrucken pflegen; aber ich darf auch eben darum wohl behaupten, daß diese gewöhnlichen Begriffe nicht so ganz genau und richtig sind, weil sie offenbar nicht hinreichen, Strafe und Schadensersetzung von einander gehörig zu unterscheiden. Die Natur der Sache zeigt uns also in der Kostenerstattung durchaus keine Strafe. Sollten unsere Gesetze es wohl anders bestimmen? Ich glaube nicht; und die Einwürfe des Herrn **Hennemann** haben mich nicht vom Gegentheile überzeugt. Die Kostenerstattung soll, nach seiner Meinung, darum keine Schadensersetzung, sondern eine Strafe seyn, weil 1) in **Justinians** Gesetzbuche, da, wo die Lehre von der Schadens-

*) GROTIUS de iure B. et P. III. 1. 3. und III. 13. 3. LIVIUS 37. 35. IUSTINUS 33. 1.

densersetzung vorkommt, in den Titeln über das Aquilische Gesetz, der Proceßkosten gar keine Erwähnung geschieht. — Ich denke, bei Dingen, die die Natur der Sache mit sich bringt, kann es wohl keine Schwierigkeit machen, wenn wir sie nicht gerade auch mit ausdrücklichen Worten im römischen Rechte antreffen. — Eben so wenig kann aber auch der Umstand, daß die Kostenerstattung an den erwähnten Stellen im römischen Rechte nicht vorkommt, einen gegründeten Anlaß geben, den römischen Gesetzgebern und Rechtsgelehrten einen von der Natur der Sache ganz abweichenden Begrif beizulegen; zumal da bekanntlich das Aquilische Gesetz nicht alle Arten der Beschädigung, sondern nur gewisse Gattungen derselben zum Vorwurf hatte, wohin gerade die Proceßkosten gar nicht gehörten. Wem ich das noch näher entwickeln müßte, für den habe ich, und auch gewiß Herr **Hennemann** nicht geschrieben. Kurz, das Wesen der Sache bringt mit sich, daß die **Proceßkosten** zu den **Schäden** gehören; und, daß derjenige, der einen andern mit **Unrecht** in Schaden setzt, diesen Schaden vergüten müsse, das war schon vor Roms Erbauung der gesunden Vernunft gemäß. Wir können also auch ohne die

buch-

buchstäbliche Leitung des römischen Rechts hier wohl fortkommen. —

Die Kostenerstattung soll ferner darum keine Entschädigung, mithin auch nicht nach den Grundsätzen von der Schadensersetzung zu behandeln sein, weil 2) die Gesetze wegen anderer Schäden eine besondere Klage zulassen, hingegen der Kosten halber keine Klage gestatten, wenn nicht der Richter bei Entscheidung der Hauptsache sie zuerkannt hat. L. 3. C. de fruct. et lit. expens. „Ein „deutliches Zeichen", sagt Herr **Hennemann**, „daß das Erkenntniß des Richters das Fundament, „Kosten zu begehren, ist, nicht die Theorie vom „Schaden und dessen Erstattung;" — oder, möchte ich hinzu setzen, eigentlich ein Grund mehr, warum vielleicht die römischen Rechtsgelehrten bei Gelegenheit des Aquilischen Gesetzes der Kosten nicht erwähnten, weil diese principaliter mit den dort vorkommenden Klagen nicht verfolgt werden konnten. Sonst aber hat die Vorschrift des angeführten Gesetzes auf die Sache, wovon hier die Rede ist, gar keinen Einfluß — Der Grund, worauf cit. L. 3. C. de fructib. et lit. expens. beruhet, ist nach den Worten des Gesetzes dieser: Post absolutum enim, dimissumque iudicium,

nefas

nefas est, litem alteram consurgere ex litis primae materia. Hieraus erhellet es ja klar genug, warum das Gesetz nicht, wie bei andern Schäden, so auch in Ansehung der Kosten eine besondere Klage zulassen will, wenn nicht der Richter auf die Vergütung derselben mit gesprochen hat. Wie also aus der gedachten Verordnung gefolgert werden könne, daß die Kostenerstattung nach den Grundsäzen von der Schadensersezung **gar nicht** beurtheilet werden solle, sehe ich nicht. Das Gesetz redet nicht von dem **Rechte** des siegenden Theils in Ansehung der Proceßkosten selbst, sondern nur von der Befugniß, dieses Recht **gerichtlich zu verfolgen.** Zwei ganz verschiedene Dinge, die man nicht mit einander vermischen muß. Sobald wir also bei dem Leztern, nemlich bei der Befugniß, auf die Proceßkosten **zu klagen,** stehen bleiben: So hat Herr **Hennemann** gewissermaßen Recht, wenn er sagt, daß das Erkenntniß des Richters, und nicht sowol die Theorie von der Schadensersezung das Fundament die Kosten zu begehren sei; ich werde das auch in so ferne nicht bestreiten, als von dem **nächsten** Grunde der Befugniß zu **klagen** die Rede ist. Gehen wir aber auf den **entferntern**

Grund dieser Befugniß zurück; und fragt man weiter: auf welche Grundsätze eigentlich der Richter sein Erkenntniß in Ansehung des Kostenpunkts zu bauen habe? (und davon ist ja nur in gegenwärtiger Schrift die Rede), so beruft Herr **Hennemann** sich sicher ganz vergeblich auf das angeführte Gesetz, um daraus zu beweisen, daß die Kostenerstattung nicht nach den Grundsätzen von der Schadensersetzung zu behandeln sey. Ueberhaupt, meint Herr H., 3) daß es an sich schon sehr schwer halte, die Begriffe eines von dem Unterliegenden verursachten Schadens den Proceßkosten des Siegers anzupassen. Der Grund, oder eigentlich, wie Herr H. sich ausdrückt, „der „Existentialgrund dieser Kosten ist ja offenbar der „eigne Wille dessen, der sie verwendet. Es stand „ja bey ihm, ob er diese Kosten verwenden wollte, „oder nicht. Er konnte ja freiwillig nachgeben, „und nicht proceßiren. Folglich kann er eigentlich nicht sagen, daß **der verlierende Theil** ihn „in Schäden und Kosten gesetzt habe.“ — Dies Argument habe ich nur mit angeführt, um nichts zu übergehen. Eine Widerlegung erläßt mir der Leser wol. Ich denke, es bleibt dabei, daß derjenige mich allerdings in Schaden setzt, der mich

durch

durch eine ungerechte Handlung zu Ausgaben nöthigt, die ich sonst nicht würde gehabt haben; oder soll etwa auch ein Verwundeter das Arzt- und Heilerlohn nicht unter die Schäden rechnen, weil es ja sein eigner Wille war, sich curiren zu lassen? Einen unrechtmäßigen Anspruch vor Gericht durchsetzen, oder einer gerechten Forderung sich entziehen zu wollen, ist doch eben so gut eine unrechtmäßige Handlung, als das Letztere. Jedoch, wie gesagt, dieser Einwurf macht eine eigentliche Beantwortung ganz überflüßig. Ob nun gleich 4) in den Institutionen des Kaisers **Justinian** der Titel, worin von Erstattung der Proceßkosten gehandelt wird, de *poena* temere litigantium überschrieben ist: So kann doch dieser uneigentliche Ausdruck [f]) die Sache an sich nicht ändern; und diejenigen, welche gleichwol dadurch irre geleitet worden sind, haben wol nicht bedacht, a) daß man bloß wegen der Rubrik des Titels doch unmöglich alles, was darin vorkommt, als Strafe ansehen könne, ohne Rücksicht, ob es nach Vernunft und Recht dahin gehört oder nicht; b) daß die Erstattung der Kosten im Titel selbst keine

f) **Eichmann** Erklärung des bürgerlichen Rechts Th. I. S. 15.

Strafe genannt wird, daß aber sonst freilich eigne Strafen darin vorkommen; c) daß der Ausdruck *poena* nicht selten im römischen Rechte so uneigentlich vorkommt, und da gebraucht wird, wo kein Vernünftiger etwas anders, als Entschädigung finden wird. So zum Beispiel muß bekanntlich derjenige, welcher vorsätzlich das Erscheinen des Beklagten vor Gericht behindert, dem Kläger dasjenige vergüten, was ihm dadurch im Wege Rechtens entgeht, oder wie es in den Gesetzen heißt: Actio in factum adversus eum competit, *quanti actoris interfuit*, in quo iudicio deducitur, *si quid amiserit actor ob eam rem* [6]. Was ist dies anders als Schadensersetzung? Und gleichwol sagt **Ulpian** bei dieser Gelegenheit: Si plures dolo fecerint, omnes tenentur, sed si vnus praestiterit *poenam*, caeteri liberantur, *cum nihil intersit* [7]. Käme es nun noch darauf an,

6) L. 3. pr. de eo, per quem fact. est, quo minus quis &c.

7) L. 1. §. 4. eod. Eben diese uneigentliche Bedeutung zeigt sich auch in L. 40. D. de Reb. cred. L. vlt. D. de eo, quod certo loco. L. vlt. D. de extraord. cogn.; princ. I. de obl. quae quasi ex delict. u. a. m.

an, meine obige Behauptung mit dem Ansehen anderer Rechtsgelehrten zu bestärken; so fehlt es auch daran nicht, wie die Note zeigt [8]). Daß es übrigens in Ansehung der Folgen einen wichtigen Unterschied ausmache, ob man die Kostenerstattung als eine Strafe, oder als eine Entschädigung behandelt, ist leicht zu erachten. Es hängt davon unter andern 1) die Frage ab: ob mehrere Theilnehmer eines Verbrechens in Ansehung der Kosten in solidum gehalten sind [9])? 2) Die Fra-

8) Expensae, quas quis facto alterius ex suo facere coactus est, intuitu erogantis *verum damnum* sunt. Adeoque, si earum restitutionem vrget, vtique nil aliud, quam quod ex suo sibi patrimonio abest, recuperare intendit. HEISLER de expensis criminal. §. 13. SEYFARTH de compensat. expens. C. 1. §. 8. TEMMEN de litium expens. C. 8. n. 15. seq. Ganz vorzüglich verdient die Ausführung dieses Satzes gelesen zu werden, beim *I. H.* BÖHMER de Expens. crim. Cap. 3. §. 6. in Exercit. ad Pand. Tom. VI. p. 356.

9) Quistorp Grundsätze des peinl. Rechts §. 820. Westphal Criminal-Recht in der 23sten und 169sten Anmerkung. Elsaesser von Bezahlung der Untersuchungskosten in peinl. Fällen bei mehrern Mitverbrechern: in den gemein-

nütz.

ge: ob und in wiefern die Erben die Kosten be- zahlen müssen, deren Erstattung ihrem Erblasser oblag [10]. 3) Die Bestimmung des Vorzugs unter mehrern Gläubigern, wenn das Vermögen eines Angeschuldigten oder Verurtheilten zu aller Befriedigung nicht hinreicht, und alsdann die Frage entsteht, welcher Platz eigentlich den rück- ständigen Kosten im Erstigkeitsurtheile anzuwei- sen sei [11]? In allen diesen und mehrern Fällen wird man den unrichtigsten Behauptungen nicht ausweichen können, so bald man sich hier nur eine Strafe des ungerechten Processirens gedenkt. Daß aber insbesondere auch 4) die ganze Lehre von Vergü-

nütz. Jurist. Beob. IV. 5. verglichen mit *H.* BECKER de natura et indole correalis obligationis. Rostoch. 1759. §. 18. und 21. und *Vinc.* DRESKI de correali obligatione. Gœtt. 1777. §. 16.

10) *G. I. F.* MEISTER princ. iur. crim. §. 61. und 75. Quistorp a. a. O. §. 84. und 87. Derselbe in Beiträgen zur Erläuterung verschiedener Rechtsmat. Seite 576. J. H. Böhmer a. a. O. §. 7. p. 358.

11) Quistorp in Beiträgen N. 33. Seit. 489. und in den Grundsätzen des peinl. Rechts §. 821. J. H. Böhmer a. a. O. §. 15.

Vergütung der Proceßkosten nothwendig eine andere Richtung erhalten werde, und die Justizpflege auf gewissere Regeln sich zurückführen lasse, wenn man die Sache nach den Grundsätzen von der Schadensersetzung behandelt, wird sich bald näher ergeben. Wird nemlich nunmehr **zweitens** gefragt: Was ist in Ansehung der Proceßkosten, deren Vergütung und Compensation, den Rechten gemäß? so hat man freilich vor allen Dingen darauf Rücksicht zu nehmen, was die Vorschriften der positiven in Deutschland geltenden Gesetze in dieser Hinsicht mit sich bringen. Wo uns diese ganz verlassen, oder wenigstens keine ausdrückliche und bestimmte Auskunft geben; da werden wir in der Analogie des bürgerlichen Rechts, und sodann in den Grundsätzen des Naturrechts die Quelle der Entscheidung zu suchen haben. Nach den Vorschriften der gemeinen Rechte glaube ich behaupten zu können, **daß der verlierende Theil der Regel nach die Kosten bezahlen müsse; daß diese Regel zwar Ausnahmen leide, welche aber in den Gesetzen so wenig genau bestimmt sind, daß wir nothwendig auf die Natur der Sache und die allgemeinen Grundsätze von der Scha-**

densersetzung zurückgehen, und darnach die Zulässigkeit der Ausnahmen bestimmen müssen. Nach diesen Grundsätzen wird sich aber weiter ergeben, daß von jener Regel darum noch keine Ausnahme zu machen sei, weil etwa dem verlierenden Theile kein böser Vorsatz oder *supina negligentia* in Ansehung der Proceßführung zur Last fällt, sondern daß es darauf ankomme, ob der verlierende Theil sich mit Recht auf einen gänzlich schuldlosen Irrthum dergestalt berufen könne, daß er deshalb auch von der Verbindlichkeit, den Gegner in Ansehung der Kosten zu entschädigen, sich loszählen darf? Nach der Theorie des Herrn **Hennemann** soll aber die Sache in den Gesetzen ganz klar dahin bestimmt sein, daß der sachfällige Theil, als solcher, gar nicht, sondern nur dann in die Kosten verurtheilt werden könne, wenn aus den Acten erhellet, daß er wissentlich eine ungerechte Sache durchzusetzen gesucht, kurz, sich einer eigentlichen calumniae schuldig gemacht habe; daß aber ein jeder, welcher bona fide seine Sache gerecht glaubte, von Erstattung der Proceßkosten befreiet sei, es wäre denn, daß ihm eine vom bösen Vorsatz fast nicht

zu

zu unterscheidende Nachläßigkeit, culpa lata, zur Last fiele. Dies ist, wie Herr **Hennemann** uns überreden will, so bestimmt in den Gesetzen vorgeschrieben, daß alle weitere Untersuchung der Sache nach Analogie und Naturrecht hier ganz überflüßig wird. Wir wollen daher sehen, was die Gesetze über unsern Gegenstand verordnen. L. 13. §. 6. C. de iudiciis enthält die Vorschrift: Omnes iudices sciant, victum in expensarum causa victori esse condemnandum. Ehe ich weiter gehe, muß ich gleich einen Einwurf kurz beantworten, den Herr **Hennemann** mir bei Gelegenheit dieses Gesetzes gemacht hat. Nach seiner Relation aus meiner Schrift soll ich 1) die vorhin gedachte Regel lediglich aus diesem Gesetze hergeleitet haben, und daher ist es ihm auch zu meiner Widerlegung genug, wenn er nur zeigen kann, daß **die angeführte Stelle** mir nicht zu Statten komme. Zu dem Ende wird mir 2) der Vorwurf gemacht, daß ich die Worte des Gesetzes nicht vollständig angeführt hätte; eigentlich sei die ganze Stelle, worauf es hier ankäme, diese: Omnes iudices sciant, victum in expensarum causa, (Hier setzt Herr **Henuemann** ein Komma, welches man sonst nicht findet) vi-

 ctori

ctori esse condemnandum, quantum pro solitis expensis litium iuraverit. Nach seiner Meinung betrift nun das Gesetz gar nicht die Frage: **wer** die Kosten bezahlen solle; sondern es bestimmt nur, **wieviel** derjenige, der im Kostenpunkte überwunden ist, bezahlen solle. Also habe ich mich, bei Anführung des erwähnten Gesetzes, einer wichtigen Unterlassungssünde schuldig gemacht; und in der That, die Artigkeit des Herrn **Hennemann** ist sehr zu rühmen, daß er dies blos nur auf die Rechnung meines Gedächtnisses geschrieben hat. Zuförderst muß ich indeß bemerken, daß der Einwurf des Herrn **Hennemann** im Ganzen, und so, wie **Er** die Sache genommen hat, mich eigentlich nicht treffe. Denn, wer die erste Ausgabe dieser Schrift zur Hand hat, der wird auf der zehnten und eilften Seite deutlich wahrnehmen, daß ich nicht so wohl in der alleinigen L. 13. §. 6. C. de iudiciis, als vielmehr in verschiedenen andern dort angeführten Gesetzen meine Behauptung gegründet habe, wie sich auch hier bald mit mehrern ergeben wird. Also hat Herr **Hennemann** nicht ganz richtig aus meiner Schrift referiret; oder, weil doch eine Höflichkeit der andern werth ist, sein Gedächtniß, aus

dem

dem er vielleicht den Inhalt meiner Abhandlung vortrug, hat ihm bei dieser Gelegenheit einen kleinen Streich gespielt. Ob ich aber meiner Seits die Stelle, so weit sie hieher gehört, vollständig angeführt habe, will ich gern dem Urtheile sachkundiger Leser überlassen. Herr **Hennemann** hat mich nicht überzeugt, daß die ganze Stelle des Gesetzes bloß den Punkt **der Summe**, nicht aber auch die Frage: **Wer** in die Kosten verurtheilt werden müsse? zum Vorwurf habe. Wenn **Er** sich unter dem victo, dessen das Gesetz erwähnt, nicht denjenigen Theil, der in der Hauptsache verloren hat, sondern nur den, der im Kostenpunkte unterliegt — victum in expensarum causa — gedenkt, und diesem zur Bedeckung ein Komma mitgiebt, welches unsere Rechtsbücher bisher noch nicht gehabt haben: So kann sonst freilich ein solches Unterscheidungszeichen mehr, oder weniger viel helfen, allein hier wird ein jeder, dem es nur gefällt, das Gesetz, seinem ganzen Inhalte nach, zu prüfen, dieses critische Hülfsmittel sehr vergeblich, und den victum in expensarum causa des Herrn **Hennemann** sehr gezwungen finden. Denn nachdem in dem vorhergehenden 5ten Paragraph des Gesetzes der

Fall

Fall bestimmet worden, da der Ungehorsam des einen Theils noch keine Verurtheilung in der Hauptsache, sondern blos die Erstattung der Kosten nach sich ziehen konnte: so wird im 6ten Paragraph der Fall **eines völlig entschiedenen Streits** bestimmet: Sive autem alterutra parte absente, siue vtroque praesente *lis fuerit decisa*, omnes iudices sciant &c. und so heißt es, daß der Unterliegende, victus, d. i wie die vorhergehenden Worte deutlich zeigen, der in der Hauptsache verliert, (denn davon ist ja hier die Rede) allemal auch in die Kosten verurtheilt werden solle — in expensarum causa victori esse condemnandum; und zwar mit dem Zusatze: quantum pro solitis expensis victor iuraverit. Das letztere konnte ich aber um so mehr weglassen, weil es auf die Größe der Kosten hier nicht ankam. Ich weiß es wohl, daß es auf die Richtigkeit einer Erklärung der Gesetze keinen Einfluß hat, wie viele Ausleger darin übereinstimmen; wenn aber die Regel, welche ich zu vertheidigen suche, in dem angeführten Gesetze so offenbar nicht enthalten ist, daß nur eine aus Versehen geschehene unvollständige Anführung der Worte mich gegen härtere Vorwürfe decken könnte: so muß man beinahe

ein

ein Wunder annehmen, wenn man siehet, daß fast alle Rechtslehrer, welche über Proceßkosten geschrieben haben, in dem angeführten Gesetze den allgemeinen Satz, daß der Unterliegende die Kosten bezahlen müsse, bestärkt gefunden, dagegen aber die Worte, welche Herr **Hennemann** hinzufügt, ganz übersehen haben [12]). Ich könnte aber, wie gesagt, diese Beweisstelle ganz aufgeben, und es blieben mir doch immer noch Gesetze genug übrig, um meinen Satz zu rechtfertigen. So weit es hier **auf den Sinn** der römischen Gesetze im Ganzen ankommt, darf ich mich zuförderst mit Recht auf L. 5. C. de Fructib. et lit. expens. berufen, obgleich sonst diese Stelle nicht glossirt ist, sondern zu den Schätzen des ältern Rechts gehört, mit deren Herstellung uns der critische Fleiß des **Cujaz** beglückt hat. *Quivis iudex in sententia sua iubeat, victum, factos in iudicio sumtus praestare* —. Si quis vero conventus bona fide solverit, aut actor a lite desti-

12) VINNIVS ad §. 1. I. de poena temere litigant. n. 3. STRVV. Syntagm. iur. civil. Exercit. 44. §. 6. **Claproth** ordentlich. Proc. §. 203. HOPP. ad §. 1. I. de poena temere litig. n. 3. VOET. Comment. ad Pand. Tit. de re iud. n. 21. GAIL Lib. I. Obs. 151. n. 21. u. a. m.

destiterit, aut etiam iudex inveniat eum non calumniatorem, *sed de re dubia litigantem*, hic euitabit impensarum condemnationem. Was kann deutlicher seyn, als die allgemeine Vorschrift gleich zu Anfange des Gesetzes. Unstreitig enthält sie die Regel, wornach der Richter verfahren soll, mithin gerade das, was ich behaupte. Nun folgen zwar einige Ausnahmen, und unter diesen auch: Si iudex eum non inveniat calumniatorem — allein ich bitte sehr, die folgenden Worte: sed *de re dubia litigantem*, wol zu erwägen. Diese zeugen im Zusammenhange des ganzen Gesetzes deutlich genug, daß die Absicht nicht sei, nur dem eigentlichen calumniatori allein die Verbindlichkeit der Kostenbezahlung aufzulegen. Wie sonderbar und unzutreffend wäre alsdann die allgemeine Vorschrift: victum factos in iudicio sumtus praestare debere; sondern offenbar soll die Abwesenheit der eigentlichen calumniae allein noch nicht genügen, um die Proceßkosten zu compensiren. Dies erfordert vielmehr non calumniatorem, *sed de re dubia litigantem.* Soll aber das Zweifelhafte dem Verlierenden wirklich zu Statten kommen, so muß es, nach vernünftiger Auslegung, so beschaffen seyn, daß die ungerechte Proceßfüh-

ceßführung ihm gar nicht zur Last fallen könne. Davon aber in der Folge mit mehrerm, wenn wir diese Ausnahmen näher untersuchen werden. — Hiernächst enthält auch L. 79. D. de iudiciis die Bestätigung meines Satzes: Eum, sagt **Ulpian**, quem *temere* aduersarium suum in iudicium vocasse constitit, viatica, litisque sumptus aduersario suo reddere oportebit. — Daß hier nicht bloß derienige gemeint sei, dem ein böser Vorsatz zur Last fällt, sondern überhaupt ein jeder, welcher eine Sache vor Gericht durchzusetzen gesucht hat, die am Ende wider ihn ausgefallen ist, wird man mir zugeben müssen. Und wenn Herr **Hennemann** unter den temere litigantibus, welche den Rechten nach in die Kosten verurtheilt werden sollen, sich nichts anders als eigentliche *calumniatores*, **frevelhafte und vorsetzlich ungerechte** Proceßführer gedenkt: so mag er sehen, wie er das mit den classischen Schriftstellern, ja selbst mit den römischen Rechtsgelehrten, welche mit jenem Ausdruck einen ganz andern Sinn verbinden, werde ausmachen können. Wer seinen **Geßner** bei dieser Gelegenheit einmal wieder nachsehen will, der wird eine Menge von Beweisstellen finden, die ihn hoffentlich überzeugen wer-

den,

den, daß die Alten unter temere handeln, immer nur so viel verstanden haben, als vergeblich, aufs Gerathewohl etwas unternehmen, und wie **Geßner** unter andern selbst bemerkt: plus audere quam oportet. Dies nun auf unsern Vorwurf angewandt; so dürfte das Prädicat eines temere Litigirenden, nach dem wahren und ächten Sprachgebrauche, mit Recht demjenigen beigelegt werden, welcher **vergeblich** gestritten, das ist, vor Gericht etwas durchzusetzen gesucht hat, was er am Ende nicht erreichen konnte, sondern durch Urtheil und Recht verworfen werden mußte. Wem dies durch die Stellen aus den classischen Schriftstellern am gedachten Orte noch nicht genug bewiesen scheint, und wer daher da, wo die Gesetze den temere litigantibus die Kostenerstattung auflegen, mit Herrn **Hennemann** noch fragen mag: „Sind das „nicht die Chikaneurs, deren Verbrechen wissentliche Ungerechtigkeiten in sich schließt?“ Dem muß ich wol folgende Stellen aus unsern Gesetzen selbst zur Nachlese empfehlen. In L. 1. §. 17. D. de Separationibus heißt es: Si tamen *temere* separationem petierunt creditores defuncti, impetrare veniam possunt, *iustissima scilicet ignorantiae causa allegata.* Sehet da eine Partei, die

die *temere* etwas gesucht hat, und gleichwol die gerechteste Ursache des Irrthums und der Unwissenheit vor sich gehabt haben kann. Diese angeführten Worte sind noch dazu gleichfalls von Ulpian, aus dessen Schriften die obige L. 79. D. de iudiciis entlehnt ist. Und wenn vollends in einem andern Gesetze der calumniator von dem, der bloß temere litigirt hat, dergestalt unterschieden wird, daß durchaus von Letztern nicht auf den Erstern soll geschlossen werden können: So glaube ich einer weitern Erläuterung mich überheben zu dürfen. L. 1. §. 5. D. ad S. C. Turpill. enthält folgende Worte des Marcian: Quaeri possit, si ita fuerit interlocutus, *Lucius Titius temere accusasse videtur*; an *calumniatorem* pronunciasse videatur? Et Papinianus, *temeritatem facilitatis veniam continere*, et inconsultum calorem *calumniae vitio carere; et ob id hunc nullam poenam subire* oportere. — Mich deucht, es ist hier sehr einleuchtend, daß mit der temeritate litigandi eine gänzliche Abwesenheit des bösen Vorsatzes, und auch der Mangel des doli praesumti, oder der groben Fahrlässigkeit, gar wohl bestehen könne. Dann wie mag die letztere facilitatis veniam verdienen, worauf doch temeritas litigandi allen-

 falls

falls noch einen Anspruch machen kann? Wenn es nun gleichwohl in den Gesetzen ausdrücklich heißt, das temere litigans die Kosten bezahlen solle; so sieht, glaube ich, ein jeder, daß dies nichts anders heisse, als daß der verlierende Theil, der Regel nach, dazu verurtheilt werden müsse.

Mit diesem bisher, wie ich glaube, genug bewiesenen Satze kann übrigens alles dasjenige gar wol bestehen, was die Gesetze insbesondere von dem Falle verordnen, da der sachfällige Theil als eigentlicher Chikaneur befunden wird. Ich bitte aber, nur das bekannte, vnius positio non est alterius exclusio, dabei nicht ausser Acht zu lassen. Immerhin mag daher die, nach dem ältern römischen Recht Statt gefundene, Klage **der Gefährde**, worüber Herr **Hennemann** wirklich viel Gutes gesagt hat, nach neuern Gesetzen abgeschaft, und dagegen verordnet sein, daß der muthwillige Chikaneur die Kosten bezahlen solle: so folgt ja doch daraus noch nicht, daß **außer dem vorsätzlich ungerechten Proceßführer** niemand in die Kosten verurtheilt werden könne. Dies wird man in keinem Gesetze verordnet finden. Alles also, was der Herr **Hennemann** bei Gelegenheit actionis calumniae, und aus

dem

dem Titel der Pandecten ad S. C. Turpillianum anführt, hat auf unsern Gegenstand gar keinen Einfluß, da ohnehin der gedachte Titel nur die Chikane der öffentlichen Ankläger, welche Jemanden ohne Grund eines Verbrechens beschuldigten, zum Vorwurf hat [13]. Und wann im §. 1. J. de poena temere litigantium die Worte vorkommen: *Improbus litigator* damnum et impensas litis adversario suo inferre cogatur; so wird doch weder dabei verordnet, noch läßt es sich aus dem Zusammenhange der Stelle im mindesten darthun, daß dieses **ausschliessend** nur allein von dem vorsätzlichen Chikaneur zu verstehen sei. Vielmehr wird das Gegentheil schon dadurch sehr einleuchtend, daß der Kaiser an eben gedachtem Orte auf der einen Seite allen streitenden Theilen den allgemeinen Eid für Gefährde zur Pflicht gemacht, auf der andern Seite aber gleichwol die Verurtheilung in die Kosten hinzugefügt hat, welches also, wenn es bloß von dem muthwilligen Chikaneur verstanden werden soll, so gut als vergeblich ist, weil der

13) BRENCMANN ad L. Remmiam Cap. 20. EIVSD. Fata calumniatorum sub imperatoribus, beim OTTO in Thesauro T. 3. p. 1573. und 1654. BRISSON. Antiquit. Lib. 3. Cap. 17.

Eid für Gefährde gegen diesen Vorwurf hinlänglich sichert [14]). So viel zuförderst, was die obige Regel anbetrift, vom römischen Rechte; damit stimmen aber auch die Vorschriften des canonischen Rechts überein: z. B. Cap. 4. X. de poenis, in den Worten: Calumniam, et *audaciam temere litigantium* condemnando in expensas, et alio multiplici remedio compescit sanctio imperialis. Quoniam igitur sacris institutis consonare dignoscitur, praecipimus vt de caetero in causis pecuniariis *victus victori in expensis condemnetur*. Eben diese Regel findet sich in mehrern Stellen des päbstlichen Rechts [15]), und so auch endlich in unsern deutschen Reichsgesetzen bestätigt. Nichts kann deutlicher sein, als was der **Visitationsabschied** vom Jahr 1713. §. 82. hierüber verordnet: „damit auch keine Partei an diesem höchsten Gericht sonder sattsamen „Grund eine Rechtfertigung führe oder verfolge, „und dadurch dem collegio camerali unnöthige „Mühe, denen andern Parteien Verzögerung ih„rer

[14]) VINNIVS ad §. 1. I. de poena temere litigantium. HOPP. comment. ibid. n. 3.

[15]) Cap. 36. X. de Testib. Cap. 59. X. de Appellat. Cap. 3. X. de eo qui mittitur c. 27. C. 2. Q. 6.

„rer rechtmäßigen Sachen, seinem Gegentheil „aber ungebührliche Kosten, und Auffenthalt des„selben Befugniß mache: so soll die Verglei„chung der Kosten ohne genugsame Ursachen „in denen Urtheilen nicht geschehen, sondern viel„mehr **der verlierende Theil in dieselbe „verurtheilt und der obsiegende dazu ge„bührend verholfen werden.**" — Ich kann freilich nicht dafür, daß Herr **Hennemann**, welcher diesem Reichsgesetze die Kraft einer allgemein verbindenden Vorschrift absprechen, und dasselbe nur für das Reichskammergericht verbindlich halten will, auf den 137sten Paragraph des jüngsten Reichsabschieds keine Rücksicht genommen hat. —

§. 4.

Die bisher angeführten Gesetze zeigen nun deutlich genug, was, der Regel nach, in Ansehung der Proceßkosten den Rechten gemäß ist; und wirklich dürfte man bei genauerer Prüfung es überhaupt dem Endzwecke der Justizpflege am angemessensten finden, wenn das Unterliegen in der Hauptsache allemal, und ohne weitere Einschränkung, die Verurtheilung in die Kosten zur

Folge hätte *) Denn der Fall, da der verlierende Theil, wenn er die Kosten bezahlen muß, sich über erlittenes Unrecht mit Grunde beklagen könnte, ist ungleich seltener, als der entgegengesetzte Fall, da dem Sieger durch Vergleichung der Kosten viel zu nahe geschiehet. Ueberdem setzt die Compensation der Kosten, wenn sie anders mit Vernunft und Recht nicht offenbar im Widerspruch stehen soll, zum voraus, daß der verlierende Theil nach **guten Gründen** seine Sache für gerecht gehalten habe; und daß derselbe mit Beistand der Rechte wegen der vergeblichen Proceßführung völlig entschuldigt sei. Hieraus ist aber leicht zu erachten, wie viele Schwierigkeiten sich bei der wirklichen Anwendung nothwendig hervorthun müssen, wenn es darauf ankommt, dieses gehörig auszumitteln.

Ich glaube daher nicht, daß die Gesetzgebung den Vorwurf einer Härte verdienen würde, wenn sie dem, der doch einmal in der Streitsache selbst unrecht hat, auch allemal die Ersetzung des Schadens auflegte, den er durch seine vergebliche Proceßführung verursacht hat. Da indeß die gemeinen

Rechte

*) REINHARTH de erroríb. pragmat. in compens. expensar. §. vlt.

Rechte die Entschuldigungsgründe, welche dem verlierenden Theile etwa zu Statten kommen könnten, nicht ganz verwerfen, vielmehr im Allgemeinen selbst Ausnahmen von der obigen Regel zulassen: so ist es nothwendig, auch hierüber vor allen Dingen die Gesetze selbst zu hören, ob sie gleich äußerst unbestimmt in diesem Puncte geblieben sind. Die Nov. 82. C. 10 sagt nur beiläufig: Si tamen perspexerit iudex, neutrum litigantem sumtuum subdere rationi propter negotii forte varietatem, hoc ipsum decernat sua sententia. L. 78. §. 2. de Legat. 2. enthält die Worte des Papinian: Etiam respublica fideicommissi post moram vsuras praestare cogitur; sed damnum, si quod ex ea re fuerit secutum, ab his sarciendum erit, qui post dictam sententiam iudicatum soluere supersederunt. Nec aliud seruabitur in litis sumtibus, *si ratio litigandi non fuit.* Ignauiam etenim praetendentes audiri non oportere. In L. 5 §. 1. C. de fruct. et litium expensis heißt es: Si quis bona fide soluerit, aut actor lite destiterit, aut etiam iudex inveniat eum non calumniatorem, sed de re dubia litigantem, hic euitabit impensarum condemnationem.

Bei einem solchen Mangel einer ausdrücklichen nähern Bestimmung, wird es nun wol Niemandem unerwartet sein, daß die Ausleger und Rechtsgelehrten über die Frage: Wann eigentlich die Proceßkosten zu vergleichen? in ihren Meinungen gar sehr getheilt sind [2]). **Vinnius** sagt: iudicis religioni et prudentiae hoc aestimandum relinquitur; neque tam ex iure scripto, quam ex vsu iudiciorum peti debet [3]). Das ist denn freilich eine sehr unsichere Entscheidungsquelle; vielmehr erfordert es die Nothwendigkeit,

[2]) Man sehe ausser den §. 1. Note 6. angeführten Schriftstellern annoch *Geo. Guil.* KVHLEWEIN *de compensandis litium expensis*, Lipſ. 1692. *Io. Ad.* PFO de causis expensarum litis victori a victo non refundendarum, sed compensandarum, Alt. 1731. *Tob. Iac.* REINHARTH de erroribus pragmaticorum in doctrina de compensatione expensarum litis, Erford. 1731. *Ioa. Frid.* SEYFARTH Diſſ. de compensatione expensarum inter litigantes, Halae 1740. Mehrere einzelne Schriften über die Vergleichung der Kosten aus gewissen besondern Gründen werde ich in der Folge anführen.

[3]) *Arnold* VINNIVS Comment. ad Institut. Lib. IV. Tit. XVI. §. 1. p. m. 889. so auch VOET Comm. ad Pandect. Lib. XLII. Tit. 1. §. 21. 22.

digkeit, daß die Sache keinesweges dem bloßen Gutbefinden der Gerichte überlassen, sondern nach gewissen Grundsätzen näher berichtiget werde. Indessen scheint die gewöhnliche Theorie der Rechtsgelehrten hievon noch sehr entfernt zu sein. Vermöge derselben soll der verlierende Theil mit Vergütung der Proceßkosten verschonet werden, wenn er anscheinende Gründe vor sich gehabt hat, wodurch er sich zu einem guten Ausgange Hofnung machen konnte. Ein Jeder siehet aber, ohne meine Erläuterung, daß solchergestalt die Verurtheilung in die Kosten, und deren Compensation, von einer Sache abhänge, welche in der Anwendung nicht unsicherer und schwankender sein kann. Und wer nicht ganz ohne alle Erfahrung in gerichtlichen Streitigkeiten ist, der wird es nicht in Abrede ziehen, daß unter dem Vorwande der anscheinenden Gründe, und der sogenannten probabilis litigandi causae, von Zeit zu Zeit eine Menge Ungerechtigkeiten in Ansehung der Proceßkosten vorgehen, und durch die Compensation derselben dem obsiegenden Theile häufig alles, was er durch einen langwierigen Streit erfochten hat, wieder vereitelt werde. Sollen die Scheingründe, welche beim ersten Anblick die Sache des verlie-

renden Theils als gerecht darstellen, ihn auch in Ansehung der Proceßführung entschuldigen: so wird aus der Compensation der Kosten am Ende nichts anders, als eine Belohnung der Kunstgriffe, Trugschlüsse und feinen Wendungen, wodurch es der Chikane gelungen ist, einer ungerechten Sache einen blendenden Anstrich, und Schein des Gerechten, zu verschaffen. Die Sache ist von der Wichtigkeit, daß es sich wohl der Mühe verlohnt, etwas näher zu untersuchen, ob nicht das willkührliche Ermessen der Gerichte, in dieser Hinsicht, durch bestimmtere Grundsätze des Rechts zu beschränken sei? Folgende Betrachtung dürfte vielleicht hiezu den Weg bahnen; wenn wir zuvörderst die Verbindlichkeit des verlierenden Theils nach den allgemeinen Grundsätzen von der Schadensersetzung gehörig zu bestimmen; und sodann zweitens dasjenige, was eine Befreiung von dieser Verbindlichkeit zum Vortheile des sachfälligen Theils bewirken kann, etwas genauer zu erörtern und auf gewisse Regeln zu bringen suchen.

§. 5.

Der Unterschied, ob eine unerlaubte Handlung vorsätzlich, oder aus Versehen und Unachtsamkeit,

samkeit, begangen worden, ist allemal vom wichtigen Einflusse auf die Entscheidung, sobald es auf die Zuerkennung einer eigentlichen Strafe ankommt [*]). Hingegen, dem Beleidigten den Verlust zu vergüten, den er durch uns mit Unrecht leidet, dazu verbindet uns auch die geringste Unachtsamkeit, sobald nicht von Verhältnissen die Rede ist, welche aus Verträgen entstehen, wobei ein geringerer Grad des Fleisses erfordert wird. In Lege Aquilia et levissima culpa venit, sagt **Ulpian** in L. 44. D. ad l. aquil. Es ist gar nicht abzusehen, warum dieses, wie Herr **Hennemann** behaupten will, bloß bei **körperlichen Verletzungen**, und nicht bei Beschädigungen anderer Art gleichfalls anwendlich seyn soll. „Wegen dieser," sagt mein Gegner, „geben die „Gesetze actionem in factum siue praescriptis „verbis; **eine in jeder Hinsicht** minder strenge „Klage. Bei derselben haben in Ansehung des „Grades der Nachlässigkeit, welche ihr Funda„ment abgeben soll, eben die Regeln statt, die bei „Contracten statt haben. Argum L. 16. §. 2. D. „de praescript. verb. Man vergleicht das Ge„schäfte, in dem der Schade geschehen, mit einer „der

*) **Gmelin** über Verbrechen und Strafen §. 10.

„der bekannten Contracts=Arten, und deren Na=
„tur, untersucht, zu wessen Vortheile es abzweck=
„te, und findet so die Norm für die zu prästiren=
„de Schuld. **Schon darum kann denn ein
„Processirender seinem Gegner zum höch=
„sten Fleiße nicht gehalten seyn.**" — — —
Zuvörderst möchte Herr **Hennemann** wohl schwerlich beweisen, daß bei der Klage in factum wegen eines Schadens, der nicht aus körperlicher Verletzung herrührt, in jeder **Hinsicht**, und besonders auch im Betreff des Grades der Fahrläs=keit, gelindere Grundsätze, als bei der eigentlichen Klage aus dem Aquilischen Gesetze, statt finden. — Die Anweisung, welche Er uns hier auf L. 16. §. 2. D. de praescr. verb. ertheilt, wird immer mit Protest zurückgehen, und den Leser nie befriedigen. Das Gesetz enthält durchaus gar nichts, was irgend hieher gezogen werden könnte. Und wie Herr **Hennemann** es anfängt, um bei Beschädigungen, die nicht in körperlichen Verletzungen bestehen, allemal einen gewissen Contract zur Hand zu haben, mit welchem der Vorgang verglichen, und so der Grad der Schuld bestimmt werden kann? das ist ein Problem, dessen Auflösungsart ich nicht begreife.

Hier

Hier ist zum Beispiele ein Fall, wobei Herr **Hennemann** diesen Vergleich versuchen mag. Wann ich aus Unachtsamkeit den Käfigt öfne, und einem seine Vögel heraus fliegen lasse; so findet, nach Vorschrift §. vlt. Inst. de Lege aquilia, die actio in factum statt. — Mit welchem Contracte dieser Vorgang aber wohl zu vergleichen seyn mag, um den Grad der culpae danach zu bestimmen? Wenn es doch einmal darauf ankommt, alle unsere rechtlichen Wahrheiten aus Justinians Gesetzbuche zu beweisen: so scheint mir wenigstens die Schlußfolge ungleich richtiger, daß, da die eigentliche Klage aus dem Aquilischen Gesetze, welche doch *poenalis* ist, so gar in den Fällen statt findet, wo der Schade aus einer culpa leuissima herrührt, eben diese auch bei der actione in factum, **welche nur bloß auf Schadenserſezung gehet**, ein richtiges Fundament abgeben müsse. Hat es aber gar seine Richtigkeit, was schon **Thomasius** in der bekannten Abhandlung über das Aquilische Gesetz ausführt, daß heutiges Tages die Lehre von der Schadensersetzung nicht lediglich auf die erwähnte römische Verordnung, sondern auf die Vorschriften des Naturrechts gebauet werden müsse: So ist meine

ne obige Behauptung noch desto weniger irgend einem Zweifel in der Anwendung unterworfen, da es den Grundsätzen des Vernunftrechts ungleich gemässer ist, daß derjenige, dem auch nur ein geringes Versehen zur Last fällt, den Schaden **büsse**, als daß ein anderer durch fremdes Versehen Schaden **leide** [2]). — „Aber," fährt Herr **Hennemann** fort, „was auch wegen Prästirung der Schuld ausser Contracten Rechtens „seyn mag: So ist ja doch auch die Schuld, die „dem Verlierenden in Ansehung der Proceßkosten „beygemessen werden kann, nicht ausser, sondern „in einem Contracte oder Quasicontracte began„gen worden. Man denke nur an die Litiscon„testation und deren Folgen. — Hier ist ja of„fenbar ein Contract oder Quasicontract, welcher „noch dazu bloß zum Vortheile des Gewinnenden „geschlossen wird, folglich nach bekannten Grund„sätzen den verlierenden Theil nur verbindet, für „den bösen Vorsatz, und grobe Fahrläßigkeit zu haf„ten." — Ueber den Vertrag, oder sogenann-

ten

[2]) Hic enim non agitur de poena, sed vter damnum ferat. Ratio autem vult, vt potius ille, cuius aliqua est culpa, ferat damnum &c. HUBER Praelect. ad Institt. Lib. 4. Tit. 3. §. 2.

ten Quasicontract, den die Litiscontestation in sich schliessen soll, habe ich meine Meinung bereits in der Schrift von der natürlichen Verbindlichkeit ausführlich vorgetragen. Davon also hier nichts mehr; ich denke, mit dem Einwurfe des Herrn **Hennemann** fertig zu werden, ohne daß es nöthig sein wird, so weit hinauf zu gehen. Sei es also ein Vertrag, oder vielmehr mit Hülfe der Fiction ein Quasicontract, den wir uns hier zu denken haben: so gehört doch eine noch stärkere Anlage zum Fingiren dazu, um die Litiscontestation so gar den Verträgen beizuzählen, welche bloß zum **Vortheile** des einen, und zur **Belästigung** des andern Contrahenten gereichen. Bei manchen Gerichten muß man es freilich beinahe als einen **Gewinn** betrachten, wenn man Recht erhält. Aber nach Vernunft und Gesetzen ist es doch wohl eigentlich kein **Vortheil**, wenn ich das **Meinige** von dem, der es mir schuldig ist, erhalte, und keine **Belästigung** für mich, wenn ich dem andern geben muß, was **Sein** ist. So wenig nun das gegenseitige Raisonnement mit der Natur der Sache übereinstimmt, eben so sehr ist es aber auch den Vorschriften der Gesetze selbst zuwider. Diese bestimmen die rechtliche Wirkung

ganz

ganz anders; und zwar dahin, daß dem gewinnenden Theile, von Zeit der Litiscontestation angerechnet, alles Das vergütet werden soll, was ihm nicht entgangen sein würde, wenn der Verlierende gleich zu Anfange des Streits sich zu dem bequemt hätte, was jezt Urtheil und Recht ihm zur Pflicht machen. Bloß für den Schaden, der sich in eigentlichen Unglücksfällen gründet, soll der verlierende Theil nicht haften [3]); mithin bleibt er doch wohl wegen eines, auch noch so geringen Versehens, allemal verantwortlich. Wie stimmt damit die Lehre überein, daß der verlierende Theil, in Ansehung der dem Sieger verursachten Proceßkosten, nur bloß für den bösen Vorsatz und die grobe Fahrlässigkeit haften müsse. — Dies widerstrebt nicht nur den eben angeführten Grundsätzen, sondern auch insbesondere der ausgemachten Wahrheit, daß derjenige die äusserste Sorgfalt beobachten, mithin culpam leuissimam prästiren müsse, welcher ein Geschäfte unternimt, das seiner Natur nach eine ganz besondere Behutsamkeit und Vorsicht erfordert [4]). Dahin gehört ohne Zweifel

[3]) L. 40. D. de hered. petit.

[4]) *Ioan. Aug.* HELLFELD iurisprud. forens. §. 324.

fel das Streiten vor Gericht; weil der ganze Zweck der Rechtspflege darin bestehet, daß ein jeder bei seinen Rechten und Befugnissen geschützt, und alles Unrecht möglichst vermieden werde. Diesem Zwecke ist das ungerechte Processiren geradehin zuwider. Wer sich also dieses zu Schulden kommen läßt, der mißbraucht eine öffentliche, zum gemeinen Wohl errichtete Anstalt, zur Beförderung ungerechter Absichten; woraus von selbst fließt, daß ein jeder streitender Theil zu der höchstmöglichen Sorgfalt verbunden sei, um dergleichen Mißbrauch seiner Seits zu verhüten; widrigenfalls aber, daß er den Schaden ersetzen müsse, der dem andern Theile dadurch zugefügt worden. Aber auch dies alles will Herr **Hennemann** mir nicht zugeben; „denn,“ sagt er, „ich weiß nicht, wel„ches Gesetz das ordnet“ — Ich darf wol mit **Cicero** antworten: Est vnum ius, quo deuincta est hominum societas, et quod lex constituit vna, quae lex est recta ratio imperandi, et prohibendi, quam qui ignorat, is est iniustus, siue scripta sit vspiam, siue nusquam. — Nec enim, si regnante Tarquinio nulla erat Romae lata lex de stupris, idcirco non contra illam legem sempiternam Sextus Tarqui-

nius vim Lucretiae attulit. Erat enim ratio profecta a rerum natura, quæ non tum denique incipit lex esse, quum scripta est, sed quum orta est. Orta autem est, simul cum mente diuina. Die Natur der Sache überhebt mich aller weitern Rechtfertigung; und der einzelne Fall, welchen Herr **Hennemann** mir entgegensetzt, daß z. B. der Miethsmann bei Dingen, die eigentlich die äusserste Sorgfalt erfordern, doch nur den mittlern Grad des Fleisses zu prästiren habe, gehört gar nicht hieher, weil in dem erwähnten contractlichen Verhältnisse die Gesetze selbst den Grad des Fleisses besonders bestimmt haben. Aus diesem allen, glaube ich, nunmehro folgende allgemeine Wahrheiten in Ansehung der Kostenerstattung, nach den Grundsätzen von der Schadenserseßung annehmen zu können. **Erstlich**: Nicht nur derjenige, welcher vorsätzlich einen ungerechten Proceß geführt, oder sonst durch Ungehorsam, oder widerrechtliche Verzögerung des Streits, seinem Gegner unnöthige Kosten verursacht hat, ist schuldig, solche zu vergüten [f]), sondern auch überhaupt ein jeder, dem diese Beschädigung auf irgend

[f]) Kammerger. Ordn. 3. Th. 42. Tit. Seyfarth deutscher Reichsproceß Cap. 33. §. 1.

irgend eine andere Art rechtlich beizumessen ist. Es ist ferner, **zweitens**, eine an sich ungerechte Handlung, wenn man andere, es sei nun durch gerichtliche Klagen, oder durch Ausflüchte und Einreden, die am Ende durch Urtheil und Recht verworfen werden, in Kosten setzet; und es kann auch daher der verlierende Theil, als Urheber dieser an sich ungerechten Handlung, den Folgen derselben nicht entgehen, woferne nicht klar aus den Acten erhellet, daß ihm durchaus keine widerrechtliche Proceßführung mit Beistande der Gesetze und des Rechts zugerechnet werden könne. Schon hieraus erhellet, wie offenbar unrichtig von manchen Richtern und Rechtsgelehrten der Satz aufgestellet wird, daß man in zweifelhaften Fällen immer die Kosten compensiren müsse [c]). Gerade umgekehrt verhält sich die Sache. Es kommt nicht so wohl darauf an, ob sich in dieser Hinsicht besondere Gründe wider den verlierenden Theil hervorthun, als vielmehr, ob rechtliche Ursachen für ihn vorhanden sind, welche ihn wegen der Proceßführung gänzlich entschuldigen. Wer in der Hauptsache unterliegt, der hat hier alle Rechtsvermuthung wi-

c) BODINVS de expensis victoriae thes. 29.

der sich, mithin ist er in zweifelhaften Fällen allemal in die Kosten zu verurtheilen [7]).

§. 6.

7) Facta, quae vt plurimum mala sunt, non bona praesumi possunt. Et regula; quilibet praesumitur bonus, pertinet tantum ad quaestionem de alicuius facti dubii commissione, non vero ad facti regulariter iniusti excusationem; quasi circumstantiae, ad iustificationem pertinentes, sint praesumendae. *I. C.* QVISTORP Dissert. de moderaminis inculpatae tutelae probatione §. 1. Wenn daher das Gegentheil nicht aus rechtsbeständigen Ursachen deutlich erhellet: So ist der verlierende Theil allemal, um mich der gesetzlichen Benennung zu bedienen, als ein improbus litigator, oder temere litigans zu behandeln; indem beide Ausdrücke überhaupt denjenigen bezeichnen, welcher eine ungerechte Sache vor Gericht geführet, und keine rechtmässige Ursache vor sich hat, derentwegen ihm die Proceßführung gar nicht zur Last fallen kann. HÜLSE de litium expensis th. 21. REINHARTH de erroribus pragmat. in compens. expens. §. 5. *Ioach.* HOPP. Comment. ad pr. et §. 1. I. de poena temere litigantium. Daher auch MENOCH. de Praesumt. Lib. 2. c. 87. n. 1. **Reinharth** a. a. O. §. 25. u. a. m. mit Recht behaupten, daß der verlierende Theil, wegen der in dieser Hinsicht wider ihn obwaltenden Rechtsvermuthung, in zweifelhaften Fällen allemal in die Kosten zu verurtheilen sei.

§. 6.

Bisher ist gezeigt worden, nach welchen Grundsätzen überhaupt, bei Verurtheilung des verlierenden Theils zur Bezahlung der Kosten, zu verfahren sei. Jetzt wenden wir uns zu den Ausnahmen, welche man von der Regel zu machen pflegt, das ist, zur nähern Untersuchung der Frage: in welchen Fällen eine sogenannte Vergleichung oder Compensation der Kosten den Rechten gemäß geschehen dürfe? Die Natur der Sache führt uns auch hier sehr bald auf gewisse allgemeine Rechtswahrheiten, um nach einer richtigen Analogie dasjenige zu ergänzen, was der Buchstabe der Gesetze noch unbestimmt läßt. So wenig aber die Richter und Rechtsgelehrten bei der Kostenerstattung auf die Lehre von der Schadensersetzung gehörig Rücksicht zu nehmen gewohnt sind; eben so wenig pflegt man sich auch bei dieser Gelegenheit um diejenige Rechtsmaterie, womit doch die Compensation der Kosten in der genauesten Verbindung steht, zu bekümmern. Eben dadurch, daß ein streitender Theil sachfällig wird, erklärt ihn ja das Urtheil für einen solchen, der eine ungerechte Sache vor Gericht durchzusetzen gesucht hat. Daraus folgt offenbar, daß alles dasjenige, was dem verlieren-

den Theil hiebei zu Statten kommen, und ihn von Entschädigung des Gegners in Ansehung der Proceßkosten befreien kann, allemal darauf hinaus gehen muß, daß er seiner Seits bona fide eine Sache gerecht geglaubt hat, die das Urtheil für ungerecht erklärt. Da nun den Rechten nach unmöglich jeder Irrthum zu einer solchen Entschuldigung hinreichen kann: so müssen die allgemeinen Grundsätze des Rechts von der Unwissenheit, dem Irrthume, und ihren rechtlichen Folgen hiebei nothwendig in Betrachtung gezogen werden. Und da können wir sogleich, ohne weitern Beweis, den Satz annehmen: daß eben die Gründe, welche, nach Vorschrift der Gesetze, die Ausflucht des Irrthums und der Unwissenheit an sich schon ausschliessen, auch hier angewandt werden müssen, mithin keine Unwissenheit oder Misverstand den verlierenden Theil entschuldigen, noch vom Ersatze der Proceßkosten befreien könne, sobald von Dingen die Rede ist, die er wissen konnte und mußte. Hat er es an der gehörigen Erkundigung in dieser Hinsicht ermangeln lassen: so ist er an dem Erfolge selbst schuld, mithin verbunden, seinem Gegner die verursachten Kosten zu vergüten. Auch der geringste Grad der Unachtsamkeit

muß

muß diese Folge nach sich ziehen *). Es fragt sich aber ferner: ob man auch umgekehrt sagen könne, daß alles dasjenige, was, nach sonstigen Grundsätzen, einen unschädlichen Irrthum begründen würde, z. B. die bekannte Regel: facti alieni, item iuris positiui ignorantia inuincibilis non nocet — auch auf die Proceßführung anzuwenden sei, folglich auch dem verlierenden Theile, zum Zwecke einer Compensation der Kosten, zu Statten komme? Diese Frage ist natürlich nur in so ferne zu bejahen, als in dem besondern Rechtsverhälthisse der Proceßführung kein Grund liegt, welcher nothwendig eine andere Bestimmung erfordert. Jene allgemeineren Grundsätze von Unschädlichkeit des Irrthums setzen Fälle voraus, wo die Folgen einer rechtlichen Handlung lediglich und allein von der Wissenschaft, und Ueberzeugung, des Handelnden abhängen, und dieser also sich füglich entschuldigen kann, wenn er zeigt, daß er dies oder jenes bona fide als wahr oder nicht wahr geglaubt habe. Sie betreffen ei-

 gentlich

*) A. F. Reinharth von der *ignorantia iuris et facti*, in d. Samml. vermischter kleiner Schriften, 6. St. Nr. 3. Bützow und Wismar 1773. HELLFELD iurispr. forens. §. 1187.

gentlich nur den Fall, wo es bloß darauf ankommt, ob derjenige, der geirret hat, deshalb aus dem Seinigen etwas einbüssen soll. Damit **allein** ist aber hier die Sache noch nicht ausgemacht. — Ich habe bona fide geglaubt, daß meine Sache gerecht sei. Die Entscheidung des Richters ist mir entgegen ausgefallen. Mein Gegner hat Kosten davon gehabt, und verlangt die Vergütung derselben von mir. Sehet da den wahren Gesichtspunkt, woraus wir die Sache zu betrachten haben. Die eigentliche Frage, worauf es hier ankommt, besteht ganz einfach darin: **ob Irrthum und Unwissenheit uns von Ersetzung des Schadens befreien können, den ein anderer durch uns gelitten hat?** Es steht sehr dahin, ob die Gelehrten eben diesen Gegenstand bei Erklärung des Titels: de iuris et facti ignorantia, sorgfältig genug unterschieden haben. So viel ist gewiß, daß wir ihn in Rücksicht auf die Proceßkosten nicht aus den Augen verlieren dürfen. Dieses voraus bemerkt, wollen wir nunmehr die verschiedenen Arten des Irrthums und der Unwissenheit etwas näher betrachten. Da erstlich niemand mit einem Irrthume oder mit Unwissenheit in Ansehung **seiner eignen Handlung**

lung sich entschuldigen darf [2]): so folgt auch ganz natürlich, daß der verlierende Theil, der Regel nach, in die Proceßkosten allemal zu verurtheilen sei, wenn solche dadurch veranlasset sind, daß er ein factum proprium, dessen er in der Folge überwiesen worden, bestritten hat [3]) Ist hingegen nicht von einer eigenen Thatsache des verlierenden Theils die Rede: so haben wir zwar sonst die Regel: ignorantia facti alieni non nocet, allein, um davon in gegenwärtiger Materie einen rechtmässigen Gebrauch zu machen, hat man zu unterscheiden: ob dem verlierenden Theile der Beweis einer solchen Thatsache oblag, oder ob er berechtigt war, den

[2]) LAUTERBACH Colleg. theoret. pract. Lib. 22. Tit. 6. §. 5.

[3]) Es giebt zwar einige Ausnahmen von dieser Regel; indem unter gewissen Umständen auch Unwissenheit, und Irrthum in Ansehung eigner Handlungen schuldlos, mithin unschädlich seyn können. LAUTERBACH a. a. O. §. 6. CRELL de ignorantia facti proprii interdum innoxia ad L. 22. D. de condict. indeb. in d. Dissert. et Programm. Fasc. VI. n. 47. In solchen Fällen ist in Ansehung der Proceßkosten eben dasjenige anzuwenden, was deshalb bei einer unschädlichen Unwissenheit fremder Handlungen den Rechten gemäß ist.

Beweis von Seiten des Gegners zu erwarten. Im ersten Fall gereicht dem sachfälligen Theile die irrige Vorstellung, die er sich von der Sache gemacht hat, der Regel nach, nicht zur Enschuldigung. Denn wer etwas in Gerichten für sich anführt, wovon er weiß, daß ihm die Beweisführung obliegt, der muß seiner Sache völlig gewiß sein, folglich auch vor allen Dingen dahin Bedacht nehmen, daß es an dem gehörigen Beweise nicht mangle. Fehlt dieser hernach: so hat er sich die Folgen davon, daß er aufs Gerathewohl gestritten hat, selbst beizumessen. Die unerweisliche Behauptung ist im Wege Rechtens als falsch und förmlich unwahr anzusehen. Es kann sein, daß sie dennoch wirklich wahr gewesen; und noch leichter kann der Fall eintreten, daß der verlierende Theil in einem, an sich betrachtet, ziemlich schuldlosen Irrthume sich befunden habe. Allein Jedermann weiß, daß in Gerichten auf Thatsachen nur in so fern, als sie erwiesen sind, Rücksicht genommen werde; folglich nicht genug sei, **eine Sache wissen, und glauben**, um sie mit Erfolg im Gerichte anführen und dabei beharren zu können; sondern man muß auch die erforderlichen Beweismittel zur Hand haben, ohne welche

die Behauptung vergeblich ist, und billig mit Verurtheilung in die Kosten verworfen wird, weil es dem verlierenden Theil unstreitig zur Last fällt, durch unerweisliche Vorträge seinen Gegner in vergebliche Kosten gesetzt zu haben. Weit eher kann sich derjenige, der den Beweis einer solchen Sache nicht zu führen hat, sondern denselben von seinem Gegner erwarten darf, mit der Unwissenheit einer fremden Thatsache entschuldigen, folglich auf die Compensation der Kosten einen Anspruch machen. Denn sobald ihm nicht mit Recht vorzuwerfen ist, daß er wissentlich wider die Wahrheit geleugnet habe; so gereicht es ihm, als verlierendem Theile, zur Entschuldigung, daß er nicht verbunden war, den gegenseitigen Angaben sich eher zu fügen, als bis darüber der gehörige Beweis geführt worden; und in solchem Falle hat der obsiegende Theil den Kostenverlust nicht sowol dem Gegner, welcher bona fide gestritten hat, als vielmehr der bisherigen Ungewißheit im Wege Rechtens zuzuschreiben. Die Gesetze selbst machen daher, in Rücksicht auf Irrthum und Mißverstand, ausdrücklich einen Unterschied zwischen dem Kläger und Beklagten. In L. 42. D. de Reg. iur. heißt es: Qui in alterius locum succedunt,

cedunt, iustam habent ignorantiae causam, an id, quod peteretur, deberetur. Haec ita de herede dicta sunt, si cum eo agetur, non etiam si agat. *Nam plane, qui agit, certus esse debet; quum sit in potestate eius, quando velit experiri, et ante debet rem diligenter explorare et tunc ad agendum procedere.* Und es fehlt nicht an Rechtslehrern, welche dies auf die Bestimmung des Streits, wegen Bezahlung der Kosten angewandt haben *). Nun ist zwar der Kläger gemeiniglich

*) HVGO DONELLVS Comment iur. ciuil. Lib. XXVI. c. 3. p. m. 282. sagt: Quod ad actorem, fieri non potest, si vincitur, quin temere videatur litigasse. Etenim, si ignorauit, sibi ius non esse litigandi, hoc ipso culpa eius est, *quod litigauit.* Qui enim agit, *certus esse debet.* Reo non idem potest subiici; hic namque actionem excipere cogitur, nisi velit ius suum indefensum relinquere. Quod sane facere non debet; si nullam causam habeat, propter quam intelligere possit, deberi quod petitur, aut rem petitoris esse. Cuius modi causam nullam habere videtur, si agatur *cum eo de alieno facto et iure,* cuius ipse particeps et conscius non fuerit. Eben so urtheilt HÜLSE de litium expensis §. 16., imgleichen PESTEL de expensis victoriae §. 12., auch REINHARTH de errorib. pragm. in compensat.

niglich derjenige, dem die Last des Beweises obliegt [5]); es leidet indessen doch, nach Analogie der Rechte, kein Bedenken, daß von dem Beklagten in Rücksicht dessen, was er zu beweisen hat, eben dasselbe zu behaupten, folglich die Sache so allgemein, wie geschehen ist, zu fassen sei [6]).

§. 7.

pensat. expens. §. 25. und *Casp.* ZIEGLER Dicastic. Conclus. 49. §. 7.

[5]) L. 4. C. de edendo L. 2. L. 18. §. fin. D. de probation. *Io. Geo.* WENTENSCHLEGEL Tract. de processu iudiciario probatoriali ac reprobatoriali; Pedeponti 1742. obseruat. 51. folg.

[6]) Der verdienstvolle Herr Hofrath Oeltze, mein vormaliger würdiger Lehrer, bestimmt die Sache sehr richtig: „Die Unkosten sind gegen einander „aufzuheben 1) wenn der überwundene Theil aus „eines Dritten Handlung belangt worden, und „er nicht eher, bis nach geendigter Beweisführung, sich von der Richtigkeit des Klaggrundes „zu überzeugen Gelegenheit gehabt; oder 2) wenn „der Kläger aus einer an sich richtigen Thathandlung geklagt hat, und Beklagter wird wegen einer, in Ansehung des Klägers fremden, Thathandlung, und darauf beruhenden Einrede entbunden, von deren Richtigkeit der Kläger sich „vor der Beweisführung nicht füglich hat überzeugen können.“ **Anleitung zur gerichtlichen Praxis** §. 287.

§. 7.

Ist aber zweitens von einem Irrthume in **Ansehung des Rechts** die Rede, und betrifft dieser nicht sowol das Naturrecht, oder geschriebene positive Gesetze, und deren Analogie, als vielmehr bloße Gewohnheitsrechte: so ist es im Grunde wieder ein error facti, und muß daher nach den obigen Grundsätzen, welche vom Irrthum in Thatsachen überhaupt gelten, beurtheilt werden. Wer daher Gewohnheiten für sich anführet, die nicht ganz notorisch und ausgemacht sind, und **deren rechtliche Begründung ihm daher** auferlegt wird, der ist auch, wenn er diesen Beweis nicht beizubringen vermag, unstreitig verbunden, die dem Gegentheile verursachten Kosten zu bezahlen, er mag übrigens seiner Seits bona fide die Gewohnheit geglaubt, und deshalb Scheingründe vor sich gehabt haben, oder nicht. Denn die Gesetze wollen, daß er nicht nach bloßer Wahrscheinlichkeit, und nach dem Maße seines Glaubens, vor Gericht etwas behaupten, sondern seiner Sache gewiß sein, folglich diejenigen Beweise, worauf juristische Wahrheit beruhet, zur Hand haben soll. In dem Falle aber, da Jemand ein Gewohnheitsrecht, **welches wider ihn angezo-**

gen

gen wird, in Zweifel ziehet, und der Gegner solches hernach gehörig erweiset, muß dem verlierenden Theile die **schuldlose Unwissenheit** der eingeführten Gewohnheit dahin zu Statten kommen, daß die Kosten compensiret werden. Das Bestreiten notorischer, und im Lande allgemein bekannter Gebräuche und Gewohnheiten, die der verlierende Theil füglich hätte wissen können und müssen, ziehet unstreitig die Verurtheilung in die Proceßkosten nach sich *)

§. 8.

Die Gewohnheitsrechte nun bei Seite gesetzt: so gilt hier im übrigen der bekannte Satz: ignorantia iuris nocet; und es kann der verlierende Theil sich, der Regel nach, nie mit der Unwissenheit des Rechts, oder damit entschuldigen, daß er dasjenige, was Urtheil und Recht in der Folge mit

*) L. 9. §. 2. D. *de iur. et facti ignorantia.* Facti ignorantia ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia obiiciatur. Quid enim, si omnes in ciuitate sciant, quod ille solus ignorat. Et recte Labeo definit, scientiam neque curiosissimi neque negligentissimi hominis accipiendam, *verum eius, qui eam rem, diligenter inquirendo, notam habere possit.*

mit sich bringt, nicht für Recht gehalten habe. Diese Regel ist hier allgemein, und selbst die Personen, denen sonst die Gesetze, in Ansehung der Unwissenheit des bürgerlichen Rechts, einige Nachsicht bewilligen, z. B. Frauenzimmer, Fremde, und Soldaten, können nicht davon ausgenommen werden. Denn wenn sie sich in Rechtshändel vor Gericht einlassen: so wissen sie ja, daß es jetzt darauf ankommt, ihre Rechte und Verbindlichkeiten nach den Gesetzen des Landes auszumachen; und sie müssen daher auch die Verbindlichkeit anerkennen, vor Gericht nichts vorzutragen, und keinen Rechtsstreit zu unterhalten, wofern die im Staate geltenden Rechte ihnen nicht beistimmen. Allenfalls sind sie schuldig, die Rechtsverständigen zu Rathe zu ziehen. Ueberdem kommt es hier nicht bloß darauf an, ob Jemand, unter dem Vorwande einer Unwissenheit des Rechts, seinen eignen Schaden abwenden, oder sich von einer Strafe dadurch befreien könne; sondern, ob er unter diesem Vorwande die Vergütung des einem andern durch unnöthige Proceßkosten verursachten Schadens ablehnen dürfe? Die sogenannte probabilis litigandi causa und der schuldlose Irrthum kommen in dieser Hinsicht eigentlich

gentlich nicht in Betrachtung. Denn hier ist nicht von Thatsachen die Rede, die der verlierende Theil ignoriren konnte, und deren Beweis er ruhig von Seiten des Gegners erwarten durfte, ehe und bevor ihm anzusinnen war, dem Verlangen desselben nachzuleben. Was aber den Vorschriften des Naturrechts, den geschriebenen bürgerlichen Rechten, und deren Analogie, gemäß ist, das braucht kein Theil dem andern zu beweisen *). Es

E liegt

*) Cap. 44. X. de appellation. HELLFELD iurisprud. forens. §. 1145. n. 1. Daher auch in solchen Fällen, wo, den Rechten nach, auf das Anbringen einer Partei nicht geachtet wird, es wäre denn sofort klar erwiesen (in continenti liquidum); dennoch bloße Rechtssätze nicht als zweifelhaft (altioris indaginis) angesehen werden können; obgleich **Struben in Rechtlichen Bedenken** Th. 3. Nr. 57. und der daselbst angeführte LVDOLF. observat. forens. 61. dafür halten, daß es an der gehörigen Klarheit ermangle, wenn die Entscheidung von zweifelhaften Rechtsfragen abhängig wäre. Ich nehme den Fall einer streitigen Gewohnheit aus; und finde im übrigen diese Meinung ungegründet. Nam iudex gnarus esse debet legum, indeque caput iuris dubium, si factum ipsum extra controuersiam positum est, ad futuram deductionem remittere nequit. Ea enim

liegt einem Jeden ob, und ein Jeder ist schuldig, selbst die höchst mögliche Sorgfalt anzuwenden, um sich vollständig, und aufs genaueste davon zu unterrichten; nicht aber den Scheingründen nachzugehen, welche etwa seinem Interesse zu Statten kommen.

§. 9.

Wie aber, wenn die Entscheidung der Sache von einer streitigen Rechtsfrage abhängt, oder auf Erklärung dunkler Gesetze beruhet, und der verlierende Theil anscheinende Rechtsgründe vor sich hat? Hier ist es, wo die angesehensten Rechtsgelehrten eine Compensation der Kosten äusserst billig und gerecht halten [*]). Indessen getraue ich mir doch zu behaupten, daß dieses **den Vorschrif-**

enim, quae iuris sunt, nulla indigent probatione sed factum saltem controuersum, quatenus decisionem causae ingreditur, litigantibus probandum relinquitur. *Henr.* BROCKES Obseruat. select. Argum. 443. Diesem pflichten bei *I. H.* BOEHMER Consultat. et Decis. Tom. I. P. 2. Resp. 101. n. 15. *Caesar* ARGELVS de adquirenda possessione, Quaest. 2. Art. 4. n. 7.

*) BRVNNEMANN Proc. ciu. cap. 28. n. 78. IVRECONS. TVBINGENS. Volum. 8. Cons. 63. n. 115. BODINVS de expens. victor. non praest-

schriften der Gesetze, und deren Analogie keinesweges gemäß, und überdem auch die vermeinte Billigkeit hier sehr übel angebracht sei, weil sie in der Anwendung äusserst unsicher ist, am Ende nur den Ungerechtigkeiten zum Vorschub dienet, und überhaupt die schädlichsten Folgen für das Ganze nach sich ziehet. Die allgemeine Verordnung in L. 5. C. de fructibus et litium expensis, welche ich oben angeführet habe, und worauf man sich hier vorzüglich berufet [2]), entscheidet die Sache gar nicht. Denn sie redet nicht ausdrücklich von streitigen Rechtsmaterien und dunklen Gesetzen; sondern von einer re dubia überhaupt: und es ist daher den Regeln der Auslegungskunst sehr gemäß, dergleichen unbestimmte Ausdrücke so zu erklären, daß die Verordnung nicht mit den übrigen Grundsätzen des Rechts in Widerspruch gerathe [3]). **Donell** hat ange-

 merkt,

praest. th. 9. SEYFARTH de compensatione expensarum Cap. 2. §. 10. REINHARTH de errorib. pragmaticor. in compensat. expensar. §. 31. TEMMEN de lit. expens. Cap. IX. Sect. 3. n. 51. seq.

[2]) SEYFARTH am angef. Orte.

[3]) *Dan.* NETTELBLADT Systema elementare iurispr. commun. general. § 236.

merkt, daß die gedachten Worte eigentlich nur von zweifelhaften Thatsachen zu verstehen sind *). Dies wird sich auch in der Folge deutlich genug zeigen. Vorjetzt will ich nur daran erinnern, daß die erwähnte Verordnung, da sie zu den nicht glossirten Gesetzen gehöret, überhaupt, in Rücksicht auf gerichtliche Anwendung, nicht weiter in Betrachtung komme. Desto gewisser ist es also, daß, in Ermangelung anderer gültiger Vorschriften, die Sache lediglich nach Vernunftgründen und rechtlicher Analogie zu bestimmen sei. Denn, daß die Lehre des **Papinian** in L. 78. §. 2. D. de Legatis 2., welche von einigen mit zur Hülfe genommen wird, uns keinesweges entgegen sei, ergiebt der Augenschein. In der gedachten Stelle, welche oben §. 3. ganz angeführt ist, werden die Worte: si ratio litigandi non fuit, offenbar gemisdeutet. Eigentlich ist von einer im Urtheile zu verfügenden Compensation der Kosten daselbst gar nicht die Rede; sondern das Gesetz bestimmet nur, daß der sachfällige Theil, welcher einen rechtskräftigen Ausspruch zu erfüllen versäumet, alle Schäden und Kosten, die dadurch erwachsen sind, vergüten solle, es wäre denn, daß er rechtmäßige

*) Commentar. iur. ciuil. Lib. 26. cap. 3.

mäßige Gründe zu seiner Rechtfertigung angeben könnte. Ueberhaupt aber würde es doch immer erst auf die Frage ankommen: was den Rechten nach, zum Zweck einer Vergleichung der Kosten als hinlängliche *ratio litigandi* gelten könne? worüber jedoch das Gesetz selbst keine ausdrückliche Auskunft giebt. Eben so verhält sich die Sache mit den unbestimmten Ausdrücken: *propter negotii varietatem*, welche in der Nov. 82. c. 10. nur beiläufig vorkommen; und ohnehin schon weit natürlicher von Thatsachen, und allenfalls von solchen Streitigkeiten erklärt werden können, welche mehrere Gegenstände enthalten, die theils für die Eine, theils für die andere Parthei entschieden werden. Gewiß ist es daher, daß keine bestimmte, oder ausdrückliche Vorschrift eine weitere Untersuchung der Sache nach sonstigen Rechtsgründen ausschliesse. Angenommen also, daß die gerichtliche Entscheidung auf eine streitige Rechtsmaterie, oder auf Gesetze, über deren Sinn die Ausleger sehr uneinig sind, beruhe: **so gebe ich gerne zu, daß in concreten Fällen der verlierende Theil in mancher Hinsicht Entschuldigung, ja oft unser Bedauern verdienen könne, weil das Ansehen der Rechts-**

 gelehr-

gelehrten, die Arglist und Unwissenheit der Advocaten, ihn irre geführt, und dazu verleitet haben, seine Sache für gerecht zu halten und einen guten Ausgang zu erwarten. Allein hier kommt es darauf an, von welcher Seite das Gericht die Sache eigentlich zu behandeln habe. Denn es ist nichts Neues, daß Personen und Sachen nach gewissen allgemeinen Verhältnissen, ohne weitere Rücksicht auf besondere Abweichungen, welche etwa dabei vorkommen, beurtheilt werden [f]). Diese Betrachtung müssen die

[f]) Dieses hat vortreflich ausgeführt *Ioseph* AVERANIVS interpret. iur. Lib. V. c. 10. n. 2. seq. Er muß ganz gelesen werden; indessen kann ich nicht umhin, folgende Stelle hier einzurücken. Cessante ratione legis, cessat ipsa lex. Locus hercle lubricus et periculosus. Saepenumero cessat ratio legis, nec eo minus praecepto eius adstringimur. Iura enim non in *singulas personas*, sed *generaliter* constituuntur, L. 8. D. de LL., ac propterea, *si aliqua sit persona* in tota illa vniuersitate personarum, qum lex comprehendit, cui non conueniat ratio legis, non eximitur a praecepto legis. Lex enim est commune praeceptum, L. I. D. de LL., et non singulas personas, sed vniuersitatem spectat; ideoque satis est, rationem legis vniuersitati conuenire, licet non

die Recensenten meiner Schrift großentheils übersehen haben. Ich leugne ja nicht, und wer kann es auch in Abrede ziehen, daß es zweifelhafte Rechtsfragen giebt, und daß in verschiedenen Fällen, wenn man bloß auf Billigkeit Rücksicht

non conueniat certis quibusdam personis. Licet enim ius priuatum ad singulorum vtilitatem spectet, L. I. D. de iust. et iur., tamen ad eorum vtilitatem respicit, *non separatim*, quatenus *singuli* sunt, sed quatenus ex singulis constat vniuersitas &c. Auch **Struben** in Rechtlichen Bedenken Th. 2. Seite 389. und 471. bemerkt bei Gelegenheit der eingeschränkten Veräusserung der Güter eines Unmündigen sehr richtig: „Es kann zwar dadurch wider die Absicht des Gesetzgebers den Unmündigen bisweilen Schade zugezogen werden. Aber dieses geschieht vielfältig, mittelst der weisesten Gesetze, ohne daß der Richter von ihrem Buchstaben abweichen darf. Es ist genug, wenn sie **in den mehrsten Fällen** heilsame Wirkung thun; und unmöglich, deren Zweck in allen zu erreichen, besser aber, in einigen desselben zu verfehlen, als es auf der Richter Gutdünken ankommen zu lassen, ob das Gesetz billig und nützlich, mithin zu beobachten sei oder nicht?" Man sehe auch **Kleins** vortrefliche Abhandlung **über die Billigkeit bei Entscheidung der Rechtsfälle**; in dessen **Annalen** der Gesetzgebung Th. 1. Seite 457. f.

nimmt, das Schicksal des verlierenden Theils sehr hart sein kann, wenn er noch obendrein die Kosten bezahlen soll. Aber ich bitte doch zu erwägen, daß die bloße Billigkeit den Richter nicht bewegen darf, von der Wirkung des Zwangrechts eine Ausname zu machen, wenn kein gesetzlicher Grund ihn dazu berechtigt. Und ist es denn nicht auch hart, wenn der siegende Theil die Kosten einbüßen soll, da doch der Richter die gegenseitige Anmaßung, wodurch diese Kosten verursacht worden sind, als widerrechtlich verworfen hat? Wir wollen daher, ohne uns von einem unzeitigen Mitleiden einnehmen zu lassen, unser Augenmerk darauf richten, wie die Sache eigentlich nach den Gründen des Rechts zu bestimmen sei. Findet also der Richter die Streitigkeit der Parteien, in Rücksicht auf Recht oder Unrecht, von der Beschaffenheit, daß durch eine doctrinale Auslegung der Gesetze, und nach Gründen der Analogie, die Entscheidung geschehen kann: so muß er wenigstens seinen Ausspruch als das wahre Recht betrachten, und es kann daher 1) von Seiten des Gerichts das Recht nicht füglich als **etwas ungewisses** behandelt werden [6]).

Denn

[6]) *Hug.* DONELLI *Commentar. iur. civil.* Lib. 26. Cap.

Denn wäre dieses: So gehörte die Sache nicht mehr vor den Richter, sondern es müßte von der gesetzgebenden Macht eine authentische Erklärung eingeholt werden, wie es schon **Justinian** wollte: *Si quid vero in iisdem legibus fortasse obscurius fuerit; oportet, ab imperatoria interpretatione patefieri.* L. 9. C. de Legib. Und alsdenn wäre freilich der streitende Theil, gegen den die gesetzliche Bestimmung ausfiele, eher zu entschuldigen. Sobald aber der Richter selbst den streitigen Rechtspunkt schlichtet: So ist 2) nach förmlichem Rechte [7]) der verlierende Theil als derjenige

Cap. 3. Facti quaestio incerta quidem, ius vero certum est. *Casp.* ZIEGLER Dicast. conclus. 34. §. 16. in den Worten: Iura semper certa sunt; nec tenentur litigatores iudici probare, quid iuris sit; quum etsi de illo nihil dixerint, iudex id ex se nosse debet. Et qui ius plane non allegatum adplicat facto, nil infert nec addit in iure, sed hoc totum, *vti in se est*, relinquit.

[7]) Der Unterschied des **förmlichen**, und **wirklichen** Rechts ist von großer Wichtigkeit. Ich verweise deshalb ein für allemal auf Just. **Möser's** patriotische Phantasien, Th. 4. Nr. 30. und in der **Berlinischen Monatsschrift** von

Gedike

zu behandeln, welcher in iure geirret hat. Da nun das Urtheil, welches ihn sachfällig erklärt, weder ein Werk des blinden Ungefährs, das Niemand voraus sehen konnte, noch ein höherer Orakelspruch ist, den der menschliche Verstand nicht zu erreichen vermag; sondern da jedes Urtheil, so lange es nicht reformiret ist, als das Resultat einer sorgfältigen und unpartheiischen Prüfung der verhandelten Streitsache betrachtet werden muß: So ist gar nicht abzusehen, warum man nicht annehmen sollte, daß der überwundene Theil das Rechtswidrige seines Streits eben so gut hätte einsehen können, als es der Richter eingesehen hat, und daß er also, wo nicht vorsätzlich den Gegner chikanirt, doch allemal einen Irrthum unterhalten habe, den er hätte vermeiden können, und müssen. Das gerichtliche Erkenntniß kann wenigstens, wenn es sich irgend consequent bleiben soll, den sachfälligen Theil nicht anders behandeln. Um dies noch näher ins Licht zu setzen, muß ich noch einen Einwurf des Herrn **Hennemanns** beantworten. „Das Urtheil," sagt er, „macht „nur

Gedike und Biester 1783. Seite 506. Man ehe auch meine Abhandl. von der natürlichen Verbindlichkeit, §. 70. not. 1. 2.

„nur förmliches Recht unter den Parteien —
„daraus folgt aber nicht, daß das, was sie Recht „macht, auch würkliches Recht sei — und war, als „der Streit anging. Wer nach der Urtel, seit„dem sie, was sie sagt, zu förmlichem Rechte ge„macht hat, diesem nicht gemäß handelt, der han„delt offenbar unrecht, aber wer vor der Urtel „nicht thut, was durch sie nachmals förmlichen „Rechtens geworden ist, der kann nach eigentlichem „Rechte Recht gehabt haben, und das förmliche „Recht existirte noch nicht. Es ist also unmög„lich, der nachherigen Urtel wegen, sein Beneh„men vor solcher, und die dadurch seinem Gegner „gegebene Veranlassung, Kosten zu verwenden, als „eine unrechtmäßige Beschädigung desselben zu be„trachten." — —

Ich glaube, nicht ohne Grund hierauf folgendes zu erwiedern. Das Urtheil **macht** nicht erst Recht, sondern es bestimmt, was den Gesetzen und Rechten, wornach der Richter sprechen muß, unter den Parteien gemäß sei. Es ist sehr richtig, daß dieses förmliche Recht nicht immer wirkliches Recht ausmacht. Aber die Gesetze wollen, und der ganze Zweck der Justizpflege erfordert es, daß dasjenige als wirklich Recht angesehen, und

behan-

behandelt werde, was einmal rechtskräftig so und nicht anders erkannt worden ist. Diese Rechtskraft schlichtet den bisherigen Streit, und entscheidet, ob mit Recht geklagt **worden**, oder ob Beklagter mit Recht dagegen gestritten **habe**, folglich muß auch die Wirkung des rechtskräftigen Urtheils nicht bloß als eine Richtschnur für die Zukunft angesehen, sondern auf den Anfang des gerichtlichen Streits zurück gezogen werden. Dies zeigt nicht allein die Natur der Sache, sondern es wird auch durch die gesetzlichen Vorschriften von den Wirkungen der Litiscontestation deutlich genug bestätigt. Durch diese werden die Parteien verpflichtet, ihre Rechte und Verbindlichkeiten lediglich auf den rechtskräftigen Ausspruch des Richters ankommen zu lassen, und daß dieses nicht bloß für die Zukunft zu verstehen, sondern auf den Anfang des Streits zurück zu ziehen sei, davon überzeugen uns die bekannten Vorschriften, daß der sachfällige Theil dem Sieger alles vergüten müsse, was dieser gehabt haben würde, wenn jener gleich Anfangs nachgegeben hätte; die bekannten Vorschriften von den fructibus percipiendis u. s. w. Und wenn **Ulpian** L. 25. §. 6. D. de hered. petit. im Ganzen zwar zugiebt, daß

die Vortheile eines redlichen Besitzers auch dem zu Statten kommen, der in den Rechten geirrt hat: So fügt er doch gleich §. 7. eben daselbst hinzu: post *motam controversiam* omnes possessores pares fiunt, et quasi praedones tenentur; — also, nicht erst nach erfolgtem Urtheile; sondern gleich vom Anfange des Streits angerechnet. Damit stimmt auch die Constitution der Kaiser in L. 10. C. de Praescript. longi temporis überein: Nec bona fide possessionem adeptis, longi temporis praescriptio post moram litis contestatae completa proficit, *quum post motam controversiam in praeteritum aestimetur*. Mich dünkt, diese Gesetze geben einen triftigen analogischen Grund für meine Behauptung, daß ein streitender Theil, gegen den die Entscheidung einer streitigen Rechtsfrage ausfällt, nunmehr nach förmlichem Rechte als ein solcher behandelt werden muß, der in den Rechten geirret, folglich keinen **gesetzmäßigen** Grund für sich hat, zu verlangen, daß der siegende Gegner darunter leiden, und die ihm verursachten Kosten einbüßen sollte. Es ist überdem 3) leicht gesagt, daß anscheinende Rechtsgründe, streitige Rechtsmaterien, und dunkle Gesetze bei der Entscheidung einer Rechtssache

eintre-

eintreten, und solche bedenklich machen. Allein es fragt sich billig, nach welchem Maaßstabe, und nach welchen Verhältnissen dies alles zu bestimmen sei, wenn es auf den **Kostenpunkt** einen Einfluß haben soll? So unbefriedigend die Rechtsgelehrten hierüber sind, indem einige im allgemeinen ius dubium, et controversum, andere aber ius intricatum et admodum perplexum voraussetzen: so unsicher und schwankend ist es auch natürlich in der Anwendung. Die Zahl der ganz ausgemachten, und durchgängig unbestrittenen Rechtssätze ist, im Vergleich mit denen, worüber die Gelehrten in ihren Meinungen, und die Gerichte in ihren Urtheilen uneinig sind, bei weitem die geringste; und wer siehet also nicht, daß nur einige Rechtskenntniß und Belesenheit dazu gehöre, um bei einer gerichtlichen Verhandlung einer Streitsache mancherlei Rechtsstreitigkeiten auf die Bahn zu bringen, und bei Erklärung der Gesetze hin und wieder allerlei Zweifel und Schwierigkeiten zu erregen. Das Wenigste, was dieser Misbrauch des menschlichen Witzes zur Folge haben kann, ist unstreitig, daß dem andern Theile, welcher dadurch in Schaden und Kosten gesetzt worden, die gehörige Entschädigung deshalb zuerkannt

kannt werde. Statt dessen aber wird, der gemeinen Lehre zur Folge, der obsiegende Theil eben so sehr einer ganz willkührlichen Behandlung des Richters [8]), als den Chikanen und Verdrehungen des Gegners Preis gegeben. Die streitenden Theile selbst sind häufig der Vorschriften des Rechts in dem ganzen Umfange, wie es die Entscheidung der Sache erfordert, nicht kundig. Ihnen kann daher vieles, was an sich unrecht ist, dennoch recht scheinen; und ihnen ist es daher nicht leicht zu verdenken, wenn sie jede ihrer Absicht vortheilhafte Rechtslehre, oder Gesetzerklärung, als wahr und

[8]) „Die größte Weisheit eines Gesetzgebers beruhet „darauf, daß er die Verwaltung der Gerechtig„keit dergestalt einrichte, damit nicht der Richter, „sondern das Gesetz die Schuldigen verurtheile. „Das Gesetz ist allemal gerecht, unpartheiisch, und „unveränderlich; die Richter sind es vielleicht sehr „selten. Nichts ist der Vernunft mehr gemäß, „als daß die Richter keine Gesetzgeber, sondern „nur Anwender der Gesetze sein sollen. Allein in „allen Staaten, wo den Richtern sehr viel über„lassen bleibt, sind sie in Ansehung einer jeden „einzelnen Sache eben so viel, als Gesetzgeber;" **von Justi Vergleichung der Europäischen mit den Asiatischen, und andern vermeinten barbarischen Regierungen, Seite 544. folg.**

und richtig annehmen. Da sie aber Rechtsgelehrte und Sachverständige befragen können: So kann die Wichtigkeit der Gründe, welche in ihren Verhandlungen vorkommen, und deren Einfluß auf die Kosten, unmöglich nach den Begriffen, und Einsichten der Parteien, welche der Rechte nicht kundig sind, bestimmet werden [p]); oder man müßte annehmen, daß jede nur irgendwo bestrittene Rechtswahrheit die Vergleichung der Proceßkosten nach sich ziehen sollte. Dies wird indessen nicht leicht Jemand behaupten wollen. Wo ist also hier die eigentliche Gränzlinie? Denn soll das Anscheinende der Gründe, und das Gewicht der Streitigkeit, in Beziehung auf die Wissenschaft, und Kenntnisse der Gelehrten, und Kunstverständigen

[p]) L. 10. D. de Bonor. possess. L. 2. §. fin. D. Quis ordo bon. possess. Es gehört unter die Unglücksfälle, wenn dergleichen Personen an Rathgeber gelangen, durch welche sie in widerrechtliche Weiterungen verwickelt werden: Sed iustum est, damnum ferri a domino litis, quem procuratoris culpa non excusat ab expensis. MEVIUS P. V. Decis. 214. Dolus enim, fraus, et culpa Procuratoris nocet domino; STRUV Exercit. 46. th. 36. licet actio mandati salua sit aduersus procuratorem. HULSE de litium expensis th. 17.

digen, bestimmet werden: so verliert sich die Sache wieder in der Anwendung von selbst; weil der Richter am Ende doch die Lehre und Meinung, worauf der sachfällige Theil sich berufen hat, nicht verwerfen kann, ohne sie nach seiner Ueberzeugung als einen wirklichen Irrthum in Ansehung des Rechtes zu betrachten, den ein Rechtsgelehrter billig hätte vermeiden können und müssen. Der Erfolg zeigt immer, daß der sachfällige Theil unrecht gehabt, und das Recht gemisdeutet habe. Er mag dabei an sich von vorsätzlicher Streitsucht und Chikane immer frei gewesen sein; so stellt ihn doch das Urtheil als einen temere litigantem dar; weil er den rechten Gesichtspunkt, woraus die Sache im Wege Rechtens beurtheilet werden mußte, nicht gehörig, und mit genugsamer Sorgfalt geprüft, sondern statt dessen sich auf Scheingründe verlassen hat. Mit wie vieler Wahrscheinlichkeit diese verknüpft gewesen sein mögen, darauf kommt es am Ende nicht an; genug sie sind gehoben und widerlegt, woraus klar erhellet, daß sie zu heben waren, und daß also der verlierende Theil, dem hier auch das geringste Versehen, wie oben gezeigt ist, zur Last fällt, sich schwerlich mit einem ganz unüberwindlichen Irrthume entschuldigen

gen könne. Ueberdem ist 4) bei allen Scheingründen, welche der verlierende Theil für sich angeführt, die aber das Urtheil am Ende doch verworfen hat, nicht füglich anzuwenden, daß er und seine Rathgeber wirklich bona fide dabei zu Werke gegangen sind. Der Mensch ist nur zu geneigt, alles zu ergreifen, was ihm vortheilhaft ist; daher auch die Parteien und ihre Anwälde gemeiniglich alles zusammen suchen, wovon sie glauben, daß es zu ihrem Frieden diene, und den Richter auf ihre Seite lenken könne. Sie machen gleichsam einen Versuch, ob sie an solche Urtheilsverfasser gerathen, die sich dadurch hinreissen lassen, oder nicht [10]). Man würde aber sehr voreilig schliessen, wenn man alles, womit sie ihre Sache aufzustutzen gesucht haben, als das Resultat einer wirklichen Ueberzeugung ansehen wollte. Und gesetzt auch dieses: so weiß doch ein Jeder, wie leichtsinnig die mehrsten Menschen dasjenige glauben, und annehmen, was ihre Absichten fördert. Eine Erfahrung, die sich in gerichtlichen Streitsachen täglich bestätigt. Wer am Ende den Proceß verlieret, dem sind häufig schon in den vorigen

[10]) Man sehe die Gewissensfrage eines Advocaten in Mösers patriot. Phantas. Th. 4. Nr. 39.

gen Verhandlungen die Gründe vorgelegt, welche seiner Meinung entgegen stehen. Allein, an statt bei Zeiten nachzugeben, läßt er es doch lieber auf ein Urtheil ankommen. Kurz, der überwundene Theil hat, der anscheinendsten Gründe ungeachtet, doch immer die Vermuthung wider sich, daß er entweder selbst vom Gegentheile überführt gewesen, oder doch, ohne genugsame, und unbefangene Prüfung, dasjenige sogleich angenommen habe, was ihm beim ersten Anblicke vortheilhaft schien. Unter diesen Umständen ist es daher nicht nur der sicherste, sondern auch offenbar der gerechteste Weg, den der Richter ergreifen kann, wenn er dem, der in der Hauptsache verliert, auch die Vergütung der Proceßkosten auflegt. Und wenn manche sachfällige Parteien, zumal wenn sie der Rechte unkundig sind, dieses, eigentlich und genau betrachtet, nicht verschuldet haben mögen: So gehört ihr Schicksal zu den Uebeln und Unvollkommenheiten, welche bei allen menschlichen Anstalten, folglich auch bei der Rechtspflege, nie ganz zu vermeiden sind. Und es würde doch immer noch weit härter sein, wenn der obsiegende Theil den Aufwand an Proceßkosten einbüssen sollte. Ich bekenne, gegen das Ansehen der Gesetze eine

solche Achtung zu haben, als irgend Jemand, und ich würde kein Wort verlieren, wenn irgend die gemeinen Rechte in dem Falle, womit ich mich bisher beschäftigt habe, die Compensation der Kosten bestätigten. Allein, gegen eine bloße Lehrmeinung muß man gehöret werden, wenn sich zeigen läßt, daß sie nicht allein mit sonstigen Grundsätzen des Rechts in Widerspruch stehe, sondern auch zu den schädlichsten Misbräuchen und offenbaren Ungerechtigkeiten, welche nicht gehindert werden können, in der Anwendung Anlaß gebe.

§. 10.

Mit der Behauptung, welche ich im vorigen §. bestritten habe, steht eine andere eben so unrichtige Lehre in genauer Verbindung; nämlich, daß die Kosten compensiret werden müßten, wenn der überwundene Theil das Ansehen der Rechtsgelehrten, insbesondere aber die gemeine Meinung derselben, oder gar günstige Rechtsbelehrungen (Responsa iuris) vor sich hätte *). Mit der sogenannten

*) BRVNNEMANN Proc. ciu. Cap. 27, n. 78. REINHARTH de errorib. pragmat. in doctrina de compens. expens. §. 30. SEYFARTH de

nannten gemeinen Meinung, und dem Beifalle angesehener und bewährter Rechtsgelehrten ist es an sich schon eine sehr misliche Sache [z]), und wenn

de compens. expensar. Cap. 2. §. 11. LAUTERBACH de expens. victor. th. 44. REEHAHN de expens. lit. th. 29. HÜLSE de lit. expens. th. 23. 24. PESTEL de expens. vict. th 11. Hoffmanns deutsche Reichspraxis. §. 797. LEYSER Spec. 88. Eichmann Erklärung des bürgerlichen Rechts §. 34. am Ende.

[z]) Nomen hoc, parum mouet; quum animadversum iam olim sit, etiam communes opiniones saepe fuisse communes errores. Et vnde vero mihi nunc in tanta librorum et auctorum copia, constabit, opinionem aliquam esse communem? Doctori enim id asserenti ideo non credo, quia nondum satis perspectum habeo, vnde mihi adsertionis suae fidem facturus sit. Libros omnes, quotquot hodie in terrarum orbe prostant, euoluere impossibile est; et poterunt ergo inter istos non euolutos tot reperiri, quot ad euertendam communem opinionem sufficiant. *Casp.* ZIEGLER Dicastic. Concl. 39. §. 30. Daher man auch bei näherer Bestimmung der gemeinen Meinung auf allerhand Grillen verfallen ist; und im Fall einer Uneinigkeit der Rechtsgelehrten, bald den mehrsten Stimmen den Vorzug beigelegt, bald aber communem opinionem, commu-

wenn man gar etwas genauer auf den eigentlichen Grund und die wahre Quelle der ebengedachten Lehre zurück geht: so muß man sie billig, als einen äusserst schädlichen Irrthum, verwerfen. Wer sieht hier nicht den sogenannten Probabilismum, wodurch sich vorzüglich die Moral der Jesuiten auszeichnet, in seiner ganzen Größe. Bekanntlich geht diese an sich unvernünftige Sittenlehre dahin, daß der Mensch auch die ungerechtesten Handlungen, unter dem Vorwande einer wahrscheinlichen Gerechtigkeit, unternehmen könne; daß aber zu dieser Wahrscheinlichkeit schon der Ausspruch eines gelehrten und frommen Mannes genüge [3]). Die Geschichte lehrt, daß unter diesem

communiorem, und communissimam einander entgegen gestellet hat. ZIEGLER ebendas. §. 14. und 20.

[3]) **Walch** philosophisches Lexicon Art. Probabilismus. Gottl. **Stoll** Historie der Gelahrheit, 3. Th. 1. Cap. §. 51. BLAISE PASCHAL unter dem angenommenen Namen *Louis* de MONTALTE les Prouinciales, ou Lettres à un Prouincial de ses amis et aux R. R. P. P. Iesuites, sur la Morale & la Politique de ces Peres-avec les notes de Guil. Wendrock, à Cologne

diesem Deckmantel von Zeit zu Zeit die heillosesten Dinge geschehen sind [4]); und seitdem man angefangen hat, solchen auch in der Rechtspflege zu gebrauchen [5]), hat die Ungerechtigkeit der Richter, wie auch die Chikane der Parteien, ein frucht-

logne 1739.; worin bekanntlich diese und andere gefährliche Lehren der Jesuiten dargestellet sind. Um nur eins daraus anzuführen; Tom. I. Seite 267. heißt es: Vne opinion est apellée probable lorsqu'elle est fondée sur des raisons de quelque consideration. D'ou il arrive quelqvefois, qu'un seul Docteur fort grave peut rendre une opinion probable. Et voici la raison: car un homme adonné particulierement à l'etude, ne s'attacheroit pas à une opinion, s'il n'y etoit attiré par une raison bonne & suffisante. Eigentlich geht der grobe Probabilismus freilich noch weiter, wie aus diesen Briefen erhellet; vorzüglich aber auch in **Joh. Christ. Harenbergs Pragmatischer Geschichte des Ordens der Jesuiten**, Th. 2. §. 443. Seite 1419. folg. und §. 571. Seite 1837. mit mehrerm zu ersehen ist.

4) **Harenberg** im angef. Buche; auch die **Sammlung der neuesten Schriften, welche die Jesuiten in Portugall betreffen**; aus dem Italiänischen übersetzt, Frankf. und Leipz. 1760. folg.

5) Hierüber verdient ZIEGLER Dicast. Concl. 40. nachgelesen zu werden.

bares Feld dadurch gewonnen. Ungeheure Irrthümer, welche man hin und wieder in den Schriften der Rechtslehrer antrift, sind Folgen dieser saubern Moral, z. B. der Satz, daß der Richter in streitigen Rechtsfällen, wo jede Partei sich auf die Autorität der Gelehrten berufet, mit gutem Gewissen diejenige Meinung befolgen könne, welche unter den streitenden Theilen dem zu Statten kommt, der vorzüglich des Richters Freund ist [6]).

Und

[6]) *iac.* MENOCH de arbitrar. iudic. *quest.* Lib. 2. c. 177. n. 6. sequ.: quando varietas opinionum adest, nec reperitur, quae vere communis sit, iudex ad libitum opinionem, quam vult, sequi potest -- ZIEGLER l. c. imgleichen GAIL Lib. I. Observ. 153. n. 9. führen eine Menge älterer Rechtslehrer an, welche einstimmig den Moralisten darin beipflichten, illo casu bonum esse, iudicem habere propitium, quando enim opiniones aeque probabiles sunt, tum dicunt, in ciuilibus eligi posse opinionem, quae amico magis faueat; immo posse hoc casu iudicem propter amicum, modo secundum vnam, modo secundum alteram opinionem iudicare. Daher die sogenannten casus pro amico; welche zwar von Einigen in gerechtem Eifer casus pro diabolo genannt wurden, quod diabolus lucretur animam illius iudicis, TESSAVR. Dec. 89. n. 3. et 206. n. 13.

Und eben so ergiebt es auch der Augenschein, daß die ganze Lehre von der probabili litigandi caussa, und deren Wirkung in Ansehung der Proceßkosten, in der That mit dem erwähnten Probabilismo in der genauesten Verbindung stehe, und ver-

n. 13. BACHOV ad TREVTLER Disput. I. Vol. I. thes. I., die aber doch so vielen Beifall fanden, daß die Rechtsgelehrten in ihren Schriften recht eigentlich durch besondere Zeichen auf solche Sätze aufmerksam machten, wobei dergleichen Entscheidung pro amico Anwendung fände. Die Advocaten ließen daher auch nichts unversucht, um ihren Parteien die Gunst des Richters zu erwerben. In primis iudicem extollunt, nec vulgaribus encomiis ornant; sic enim fieri putantes, vt beneuolum sibi et fauentem reddant, *praesertim talem qui laudes suas sibi praesenti enarrari lubens audit.* ZIEGLER Concl. 41. §. 4. Die Moralisten gingen zum Theil so weit, daß sie dem Richter erlaubten, durch Geld und Geldeswehrt unter mehrern Meinungen, die ihm gleich probabel schienen, sich für die eine oder die andere bestimmen zu lassen. LESS. de iustitia et iure Lib. 2. c. 14. dub. 9. Wer mehr über diese Materie zu lesen wünscht, den verweise ich auf *Casp.* BITSCHII Dissert. Decas quaestion. quae vt casus pro amico commendantur; cum eius accessionibus cura filii *Ioh. Melch.* BITSCHII, Argentorati 1670.

muthlich nie aufgekommen sein würde, wenn dieser nicht so viele Anhänger gefunden, und selbst auch in die Gerichte sich eingeschlichen hätte. Leider konnte das aber desto ungehinderter in jenen finstern Zeiten des Aberglaubens geschehen, wo die Clerisei alles in allem, und einer ihrer ersten Grundsätze dieser war, das Vorurtheil des Ansehens möglichst allgemein zu unterhalten, eignes Nachdenken und Prüfen aber auf alle Art einzuschränken. Was war wol natürlicher, als daß eben der Probabilismus, wonach sogar die Befolgung der Religionspflichten bestimmet wurde, auch in weltlichen und Rechtsangelegenheiten zur Regel dienen mußte; und, wie man Sünden wider Gottes Gebote mit dem Ausspruche eines rechtgläubigen Kirchenlehrers beschönigen konnte, eben so auch das Ansehen der Rechtsgelehrten den widerrechtlichsten Handlungen zur Entschuldigung gereichen mußte. Die Folge davon, daß den verlierenden Theil, wenn er dergleichen Autorität für sich hatte, wegen der Proceßführung an sich kein Ungemach treffen durfte, war sehr natürlich. Das übergroße Gewicht, welches man ohnehin den Meinungen der Rechtsgelehrten, und vorzüglich denen der Glossatoren, beizulegen pflegte, kam hinzu;

zu; es schien unverantwortlich, denjenigen in die Kosten zu verurtheilen, welchen, ob er gleich sachfällig geworden war, dennoch der Geist eines Accursius, Azo, eines Jason, und wie die unsterblichen Männer weiter heissen, gleichsam in Schutz genommen hatte [7]. Längst ist nun zwar der sogenannte Probabilismus von den Lehrern des Naturrechts und der Moral [8]) wiederlegt; dennoch aber hat man diesen scholastischen Auskehrigt von der Justizpflege noch nicht ganz zu entfernen gewußt. Was Jasius, in dessen Schriften der denkende Kopf nicht zu verkennen ist, schon seiner Zeit hierüber urtheilte, das können sich auch noch manche Richter und Rechtsgelehrte gesagt sein lassen. Accursii glossemata, schreibt der vortrefliche Mann, nil plus ponderis habent, quam alterius docti viri doctrinae, *quibus vtrisque sine textu, aut euidenti ratione, nil creditur, immo error est, et quidem periculosus*, Accursio tantum tribui, quantum conspirata factione ei tribuitur; qui etsi fuerit vir doctus et

7) *Arthur.* DVCK de vsu et auctoritate iuris ciuilis Lib. I. Cap. 8.

8) BVDDEVS *Histor.* iur. nat. §. 13. 14. HOCHSTETER *Colleg. Pufend.* p. 75.

et omni veneratione dignus 9), *tamen errare potuit*, *et iuris* condendi auctoritatem non habuit. Immo ipse Accursius taxat eos, qui in defectum legum probationes glossarum inducunt; quod quam sit inimicum iustitiae, quam omnino horrendum, res ipsa docet. Nec enim glossae credendum est, nisi lege moveatur vel optima ratione 10). Nichts ist ausgemachter, als das Rechtsgelehrte und Ausleger keine Gesetzgeber sind; und daß es nicht darauf ankomme, was sie behaupten, oder wie viele unter ihnen einen Satz annehmen, sondern ob und in wiefern Gesetze und Rechtsgründe ihren Lehren beistimmen 11). Dies voraus gesetzt: so ist in keinem Betrachte abzusehen, wie ein streitender Theil, wenn er den Proceß verloren hat, sich mit dem Beifalle der Rechtsgelehrten entschuldigen könne. Das **bloße Ansehen** derselben schützt ihn nie, da er weiß, daß der Richter nur nach Gese-

9) *Accursius* noster, schreibt CVIACIVS Lib. 3. Obseruat. II., quem ego et latinis et graecis omnibus interpretibus iuris facile antepono.

10) Lib. I. Singular. respons. cap. 7. n. 10.

11) L. vn. §. 6. C. de vet. iure enucleando.

Gesetzen, und deren Analogie urtheilen dürfe [12]). Will er aber selbst durch die vermeinten Rechts-gründe

[12]) Die Worte des Cicero Lib. I. *de natura Deorum*: Non tam *auctores* in disputando, quam *rationis momenta* quaerenda sunt; ingleichen des Seneca de vita beata cap. I.: Nihil magis praestaadum est, quam ne, pecorum ritu, sequamur antecedentiam gregem, pergentes, *non qua eundum est, sed qua itur.* Atqui nulla res maioribus nos malis implicat, quam quod ad rumorem componimur, optima rati ea, quae magno adsensu recepta sunt; quorumque exempla nobis multa sunt — et dum vnusquisque mauult CREDERE quam *iudicare*, numquam de vita *iudicatur*, semper *creditur*; diese Worte enthalten Wahrheiten, welche auch den Richtern zur Nachachtung nicht genug empfohlen werden können. Facit enim haec auctoritatum cumulatio ne probabilem quidem opinionem, nisi in animo eius, qui caeco impetu magis ruit in sententiam, quam ducitur, ZASIVS Lib. I. Consf. 4. num. 16. ZIEGLER Concl. 39. §. 24. 25. 29.; Wenn man dieses mehr bedächte; so würde man uns in den sogenannten Entscheidungsgründen nicht so häufig an Gewährsmänner verweisen, welche die Behauptung, worauf es ankommt, nicht mit Gesetzen und Gründen beweisen, sondern eben so pro auctoritate hinwerfen, als es den Urtheilsverfassern beliebt hat, solche ohne Grund anzunehmen.

gründe, welche er in den Schriften der Gelehrten zu seinem Vortheile angetroffen hat, irre geführet sein: so kommen wir wieder auf dasjenige zurück, was im vorigen §. bereits abgehandelt, und nach meiner Ueberzeugung klar erwiesen ist: daß nämlich die vermeinten anscheinenden Rechtsgründe den verlierenden Theil keineswegs von Erstattung der Proceßkosten befreien können. Man mag also die Sache betrachten, wie man will: so ist die Compensation der Proceßkosten hier ungerecht. Und das bleibt sie auch in dem Falle, wenn der verlierende Theil die günstigsten Rechtsbelehrungen für sich beigebracht hat. Wer da weiß, was man gewöhnlich von diesen Rechtsgutachten (Responsis) zu urtheilen pflegt, dem wird es sicher eine seltsame Erscheinung sein, daß gleichwol die Compensation der Proceßkosten in diesem Falle so vielen Beifall hat finden können. Man hat es beinahe zur Regel machen wollen: magis credendum esse interpretibus in commentariis, quam in consiliis et responsis; und wenn wir dem **Mynsinger** glauben wollen, so war dies einst sogar ein Grundsatz des Reichskammergerichts. Der Grund ist eben nicht sehr empfehlend: quod in commentariis plerumque cessent

cupi-

cupiditas aeris, gratia, odium, et omnes affectus, quae omnia in responsis et consiliis saepe interueniunt [13]. Leyser ziehet dies nicht ganz in Abrede: Solent interdum iureconsulti in gratiam eorum respondere, a quibus consuluntur. [14]. Auch der Ritter **Michaelis** macht irgendwo in seinem Mosaischen Rechte den Facultäten ein Compliment, welches sie sich wol verbitten möchten: Man müsse immer erst fragen: „wie hoch das Responsum bezahlet worden?" Indessen kann es sein, (denn ich habe die Stelle jetzt nicht zur Hand,) daß Rechtsgelehrte daselbst nicht gemeinet sind, weil in den Angelegenheiten, worin die Mosaischen Rechte, und überhaupt die Lehren der heil. Schrift, einen Einfluß haben, auch wol eine andere Facultät zu respondiren pflegt. Noch vertraulicher ist die Sprache des **Seyfarth** [15]. „Den responsis ICtorum ist nicht „viel zu trauen, weil sie meistens auf die favora„bel vorgestellte Speciem facti ertheilt worden, „und

[13]) MYNSINGER Centur. 6. Obs. 60. *Arthur* DVCK de auctor. iur. ciu. rom. Lib. I. cap. 8. §. 12.

[14]) LEYSER Spec. 52. Med. 7. am Ende.

[15]) Teutscher Reichsproceß Cap. 33. §. 8.

„und die Rechtscollegia das Principium haben, „daß man in dubio pro quaerente sprechen muß, „damit derselbe ein andermal wieder komme.“ Wirklich ist diese Meinung von den Rechtsbelehrungen ziemlich allgemein geworden. Die Gerichte, wenn sie Acten an eine Facultät versenden, pflegen nicht selten in ihren Sendschreiben die Abfassung des Erkenntnisses auf den Fall, daß das Collegium bereits ein Gutachten in der Sache ertheilt hätte, ausdrücklich zu verbitten. Die Parteien und ihre Anwälde aber, wenn sie um ein Responsum anhalten, glauben es schon als eine Sache, die sich von selbst versteht, erwarten zu können, daß der Verfasser des Gutachtens alles mögliche aufbieten werde, um ihrer Sache einen guten Anstrich zu verschaffen, und ihnen Gründe an die Hand zu geben, wodurch der Richter künftig zu ihrem Vortheile eingenommen werden könne. Es stehet sehr dahin, ob es nicht zu den seltenen Fällen, und beinahe zu den Ausnahmen, gehöre, daß Jemand ein Responsum in der redlichen Absicht einholt, um, nach Anleitung desselben, eine streitige Rechtsangelegenheit zu betreiben, oder aufzugeben. Es dürfte ungleich häufiger der Fall sein, daß man die Proceßführung an

sich

sich schon fest beschlossen, und nur die Absicht hat, durch Hülfe der Rechtsgelehrten seiner Sache einen bessern Schein zu geben, und, unter dem Vorwande einer unparteiischen Belehrung, die Richter für sich hinzureissen. „Verliere ich als„dann auch“, heißt es, „so werden doch die Ko„sten compensiret [16].“ Daher auch, wenn einmal, wider Verhoffen, das Responsum nicht günstig ausfällt, dieses so wenig Eindruck macht, daß man allenfalls das, was die Zweifelsgründe Gutes enthalten, listig benutzt, in übrigen aber das Gutachten verborgen hält, ohne sich im mindesten dadurch von der weitern Proceßführung abhalten zu lassen. Die vielen Kunstgriffe, welche auch überdem von den Parteien angewandt werden, um den Facultäten und Rechtsgelehrten, von denen sie das Gut-

[16]) Zu diesem löblichen Endzwecke passet die Anleitung sehr wol, welche ein gewisser *Franc. Mancinus* giebt: In docendo ratiocinandi modus magis necessarius est, quam auctoritatum enumeratio, at in responsis reddendis magis pugnandum est auctoritatibus, quum id demum verum habeatur, quod est a plerisque receptum. *In* Epistola ad Cardinal &c. welche des LANCELLOTTI institut. iur. can. vorgesetzt ist.

Gutachten einholen, die Sache nicht von allen Seiten, sondern gerade so, wie es ihr Interesse erfordert, bemerklich zu machen, die Unrichtigkeiten und Verdrehungen, deren sie sich so häufig im Vortrage der Thatsachen bedienen, alles dieses verräth deutlich genug, worauf es eigentlich bei der Einholung des Responsi angelegt sei. Bei so vielen und häufigen Misbräuchen, welche täglich mit den Rechtsbelehrungen vorgehen, ist es einleuchtend genug, wie ungerecht es sei, wenn dennoch der verlierende Theil sich dadurch von Erstattung der Proceßkosten befreien darf. Daß indessen diese Misbräuche in manchen Fällen nicht vorhanden sein mögen, gebe ich gerne zu; wiewol es meistens schwer halten dürfte, den verlierenden Theil, zumal, was die getreue Darstellung der ganzen Sache anbetrifft, von allem Verdachte frei zu sprechen [17]). Ein jeder billig Denkender wird auch die

[17]) Nihil enim his sub -- et obreptionibus frequentius, quas consultores summa saepe astutia exercent; ut scilicet factum quidem narrent, potissimas etiam circumstantias exponant, *sed eas tot ambagibus inuoluant, tot verborum lenociniis vestiant, vt legenti tamen fucus fiat.* Sed haec versutia, et quae per illam impetrantur responsa,

die obigen Vorwürfe, welche den Facultäten und Rechtsgelehrten in Ansehung der Rechtsbelehrungen gemacht werden, wol etwas übertrieben finden. Vorsätzlich zu Gunsten der anfragenden Partei ein an sich ungerechtes Gutachten ertheilen, ist und bleibt immer eine Sache, wozu sich gewissenhafte Männer durchaus nicht werden gebrauchen lassen; da es ihren Eiden und Pflichten nicht nur überhaupt zuwider ist, sondern auch demjenigen, der die Belehrung erhält, äusserst nachtheilig werden kann, wenn er dadurch noch mehr verleitet wird, einen Rechtsstreit, den er am Ende nicht gewinnen kann, mit Schaden und Kosten zu unterhalten. Doch, alles dieses ändert die Sache an sich nicht. Das Gutachten sei nach völliger Ueberzeugung ertheilt, und der anfragende Theil an sich ohne alle Arglist dabei zu Werke gegangen: So sind es ja doch nur Meinungen der Rechtsgelehrten, von denen der verlierende Theil wissen konnte und mußte, daß der Richter künftig im Urtheilen keine Rücksicht darauf nehmen dürfe. Wie sich dies überhaupt schon von selbst verstehet;

 so

sa, iniustum litigatorem ab improbitate et temeritate non absoluunt. LEYSER Spec. 88. M. 1.

so haben wir noch dazu in unsern Reichsgesetzen die ausdrückliche Vorschrift, daß die sogenannten Consilia und Responsa **weder** *in referendo* **noch** *in votando* **Ziel oder Maaß geben sollen** [18]). Zwar findet **Leyser** selbst es äusserst billig, daß doch derjenige, welchen die Rechtsgelehrten solchergestalt gleichsam verleitet, und hinter das Licht geführet hätten, mit Erstattung der Proceßkosten verschonet werde. [19]). Allein, genau erwogen ist

[18]) **Neuest. Reichsabsch. §. 96.** Der ganze Inhalt dieser gesetzlichen Bestimmung gehet dahin, daß die Gutachten der Rechtsgelehrten in Rücksicht auf Wahrheit der That-Umstände gar nicht beachtet; in Ansehung des Rechts aber auf das Responsum an sich ebenfalls nie gesehen, sondern lediglich nach Gesetzen und Rechtsgründen geurtheilt werden solle. Was kann also den Richter berechtigen, bei der Entscheidung des Kostenpunkts hievon abzuweichen, und den verlierenden Theil bloß darum zu begünstigen, weil das Responsum ihm das Wort redet? Offenbar giebt alsdann das Gutachten „in referendo und votando „Ziel und Maaß," welches doch das Gesetz durchaus nicht gestatten will.

[19]) Nec nocebit consultori, quod collegium, a quo consilium petiit, vel per imperitiam vel per adsentationem contra iura respondit, si modo ipse consul-

ist das nicht billig. Denn wird das Gutachten der Rechtsgelehrten samt den Gründen, worauf es sich stützet, im Urtheile verworfen: So ist nunmehr die Meinung, welche der verlierende Theil für sich angezogen hat, nach förmlichen Rechte als ein Irrthum in Ansehung der Gesetze zu betrachten. Und damit kann, wie oben gezeigt worden, sich Niemand entschuldigen, sobald es auf die Vergütung des Schadens ankommt, welcher dem andern Theile durch die Kosten des Processes verursacht worden ist. Es ist aber auffallend, daß man hier zwei ganz verschiedene Dinge nicht sorgfältig genug von einander unterscheidet. Der Irrthum, wozu Jemand durch das Ansehen und die Meinungen der Rechtsgelehrten verleitet worden, kann allenfalls eine billige Entschuldigung abgeben, wenn es bloß auf die Frage ankommt: ob der **Irrende** allein darunter leiden, und fato processus sein Recht verlieren soll? da mag ihm die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand angedeien [20]; so wie man solche denen nicht versaget,

 die

consultor in bona fide, et verosimili opinione fuit, nec per falsa narrata, vt secundum se responderetur, obtinuit. LEYSER Spec. 88. M. I.

[20] *Ioh. Aug.* HELLFELD iurisprud. forens. §. 472.

die durch Unwissenheit oder Versäumniß des Advocaten Schaden gelitten haben [21]). Ganz anders aber verhält sich die Sache, sobald von dem Schaden eines **Dritten** unter solchen Umständen die Rede ist. Das wäre doch wol zu arg, wenn ein Jeder, den die Rechtsgelehrten falsch belehret haben, dadurch dergestalt gesichert werden sollte, daß er auch andere beschädigen, und um das Ihrige bringen dürfte, ohne zur Ersetzung des Schadens verbunden zu sein. Wie würde es bei diesem Grundsatze um die Ruhe und Sicherheit im Staate aussehen? Man hat aber auch in einigem Betrachte den erwähnten Unterschied recht gut eingesehen, und anzuwenden gewußt. So oft Jemand, auch wegen **schuldloser** Nichtbeobachtung der gerichtlichen Nothfristen in den vorigen Stand gesetzt wird: so muß er doch dem Gegentheile die verursachten Kosten bezahlen [22]). Und auch der angeführte **Leyser** findet gar kein Bedenken, dieses selbst in dem Falle für billig und gerecht

[21]) Joh. Lud. **Schmidt** von gerichtl. Klagen und Einreden §. 1042.

[22]) LEYSER Spec. 57. Med. 3. RIVINUS Enunc. iur. Tit. 20. Argum. 103. LYNCKER Decis. 969.

gerecht zu halten, da Jemand, nach Ablauf der bestimmten Zeit, mit der Beweisführung noch zugelassen ward, weil er sich mit einer gewissen Lehre des **Berlich** und **Ludovici** einigermaßen entschuldigen konnte. A quibus etsi dissentiant Iureconsulti Helmstadienses, hoc tamen eorum auctoritati tribuunt, vt, si quis illa inductus spatium probandi sibi praefixum praetermittat, eum in integrum restituant; *sed tamen in expensarum refusionem condemnent* [23]. Wird also hier sogar in gewissem Betrachte der obsiegende Theil, ob er sich gleich mit gutem Gewissen auf die Rechtsgelehrten verlassen hatte, in die Kosten verurtheilet: so ist es denn doch in der That mehr als widersprechend, wenn auf der andern Seite sogar der **verlierende Theil**, wegen günstiger Rechtsmeinungen und Gutachten, von Erstattung der Proceßkosten freigesprochen werden soll. Die bekanntesten Grundsätze des natürlichen und bürgerlichen Rechts mögen es entscheiden, ob nicht die sachfällige Partei, ungeachtet sie durch Rechtsgelehrte, deren Meinungen, und Responsa zu allerlei Irrthümern veranlasset worden, dennoch immer verbunden sei, den Schaden, der daraus

 an

[23]) LEYSER Spec. 64. M. 4.

an Proceßkosten erwachsen ist, zutragen, und ob das nicht ungleich billiger, und gerechter sei, als daß der obsiegende Gegner den erlittenen Schaden und Verlust aus dem Seinigen büßen soll [24]).

§. 11.

Aus dem, was bisher gesagt worden, lassen sich noch zwei Fragen füglich beantworten: 1) **Ob und in wie fern die sogenannten** *praeiudicia iuris* **dem verlierenden Theile**, in Ansehung der Proceßkosten, zu Statten kommen? Erstere haben unstreitig ihren großen Werth, und man

[24]) Quia victus in causa est, vt victor expensas faciat; sic eum laedit, eique damnum infert. Quod, quamuis per iustam ignorantiam intulerit, tamen restituendum est; quia iusta ignorantia potest quidem liberare a peccato, non autem a debito restitutionis. Nisi igitur iusta litigandi causa ex culpa vel malitia victoris prouoniat, caeteroquin victus frustra facto aliorum se excusare intendit. — Ueber diese Worte eines, ziemlich aus der Mode gekommenen Rechtsgelehrten; SCACCIA de Sentent. et re iud. Gloss. 14. quaest. 13. setzte sich schon TEMMEN de lit. Expens. Cap. 9. Sect. 3. n. 15. sehr leicht hinweg. Ego a communi opinione non discedo —. Sie scheinen aber der Sache sehr angemessen zu sein.

man darf nur wissen, wie viel in der Rechtspflege auf Erfahrung ankomme, um zugleich überzeugt zu sein, wie oft die allgemeinen Gesetze, Verordnungen und Systeme einem Richter und Advocaten die befriedigende Auskunft nicht ertheilen, welche ihm eine Sammlung richtiger Erfahrungen mit ihrer Behandlung und Entscheidung leisten kann [1]). Indessen bleiben die klügsten und aufgeklärtesten Richter doch immer Menschen. Sie können irren. Ueberdem können auch oftmals ganz besondere Eigenheiten des vorgekommenen Falls, imgleichen manche locale Verhältnisse, eine überwiegende Billigkeit, bisweilen auch wol die Politik, auf die Entscheidungen einen Einfluß gehabt haben, wodurch die weitere Anwendung in andern Rechtssachen hinweg fällt [2]). Doch es ist hier der Ort nicht, zu untersuchen, in wie fern überhaupt der Richter verbunden sei, dasjenige, was vormals in ähnlichen Fällen erkannt worden, gleichfalls jetzt zu erkennen? — ob man, zumal

[1]) Hymnen Beyträge zur neuesten juristischen Litteratur in den Preußischen Staaten; erste Sammlung, Seite 1. ff. Justus Möser patriotische Phantasien, 2. Th. Nr. 44.

[2]) Hymnen a. a. O.

die Entscheidungen der höhern Gerichtshöfe, mit **Cothmann** und andern, als Glaubens-Artikel und fast als Orakelsprüche zu betrachten habe [3])?, — ob die gemeine Wolfahrt bei der Anhänglichkeit an bisher beobachtete Grundsätze, an sogenannte Facultäts-Meinungen u. s. w. gut versorgt sei [4])? — Alles dieses darf ich vorjetzt auf sich beruhen

[3]) COTHMANN Vol. I. Conſ. 13. n. 130. Man sehe auch LAUTERBACH Colleg. th. pr. Tit. de Legib. §. 48. CHRISTINAEI Deciſ. Vol. I. Argum. I. n. 4. und Argum. 356.

[4]) In der **Kaiserl Instruction zum Entwurf eines Gesetzbuchs in Rußland** §. 101. heißt es zwar: „Diese Gerichtsstühle ertheilen Bescheide, „oder sprechen Urtheile, welche aufbehalten wer„den, und bekannt sein müssen, damit in den Ge„richten heute nicht anders, als gestern, gerichtet „werde, und auf daß, sowol das Eigenthum, als „das Leben eines jeden Bürgers dadurch eben so „gesichert sein möge, als die Reichsverfassung „selbst.“ Aehnliche Verfügungen enthalten unsere Reichsgesetze; die **Kammergerichts-Ordnung** v. J. 1613. Th. 1. Tit. 16. §. 5. N. R. A. §. 136. **Cramers** Wetzlarsche Nebenstunden Th. 75. Nr. 6. **Hymnen** a. a. O. Indessen wird wol nicht leicht Jemand die Erinnerung verwerflich finden, welche **Seyfarth** im teut-

beruhen lassen. Ich frage nur: was ist in Ansehung der Proceßkosten Rechtens, wenn nun doch wirklich die Entscheidung gegen die angeführten Praejudicia Juris ausfällt? **Vermöge des Urtheils** hat alsdenn der verlierende Theil, ohne Beistand des Rechts, das, was in andern Fällen erkannt worden, gebraucht, und eine ähnliche Entscheidung verlangt, die ihm doch, den Rechten nach, nicht zu gestatten war. Anders kann doch wol der jetzige Urtheilsverfasser, wenn er seinen eignen Ausspruch für gerecht hält, den sachfälligen Theil nicht behandeln. Freilich konnte dem letztern sein eignes Interesse sehr leicht eine jede ihm vortheilhafte Entscheidung in andern Fällen, als gerecht und gesetzmäßig darstellen; aber das berechtigt ihn nie, den Schaden, den sein Irrthum angerichtet hat, von sich auf andere zu wälzen.

teutschen Reichsproceß Cap. 23. §. 4. hinzufügt: „Da aber solche praeiudicia oft den Gesetzen selbst entgegen sind: so darf der Richter sich „nicht weiter daran kehren, und wenn auch hundert Jahre auf solche Art wäre gesprochen worden." Ganz vorzüglich verdient hiebei nachgelesen zu werden PVFENDORF Proc. ciu. P. 3. C. 22. §. 16. GRIEBNER de obseruant. Colleg. iurid. in opusc. Tom. IV. Sect. 2.

zen. Es sei nun, daß die Thatumstände verschieden, oder die Rechtsgründe der beigebrachten Entscheidungen verwerflich befunden worden: so ist doch, in beider Rücksicht, keine rechtmäßige Entschuldigung für den verlierenden Theil erdenklich. Das Factum mußte er sorgfältig prüfen und vergleichen, ehe er überhaupt von **ähnlicher** Entscheidung sprechen konnte. Und haben ihn die Rechtsgründe, wonach in andern Fällen erkannt worden, irre geleitet: so kann er doch jetzt, da diese Gründe unzulänglich gewesen sind, nicht verlangen, daß der obsiegende Gegner solches mit seinem Schaden durch die Einbuße der Proceßkosten entgelten solle. Das bloße Ansehen anderer Urtheile und Entscheidungen ist, an sich betrachtet, nicht größer, als die Autorität der Lehrmeinungen, da die Richter eben so wenig, als die Rechtsgelehrten, Gesetzgeber sind [f]). Es kommt nicht darauf

[f]) L. 13. *C. de Sentent. et interlocut.* Nemo iudex vel arbiter existimet, neque consultationes, quas non rite iudicatas esse putauerit, sequendum, non enim, si quid non bene dirimatur, hoc et in aliorum iudicum vitium extendi oportet, *quum non exemplis, sed legibus iudicandum sit*, neque si cognitionales sint amplissimae praefe-ctura e,

darauf an, was hin und wieder erkannt worden, sondern, wie eigentlich hätte geurtheilt werden sollen.

2) Was

ćturae, vel alicuius maximi magiſtratus prolatae ſententiae: ſed omnes iudices noſtros *veritatem*, et *legum* et *iuſtitiae* ſequi veſtigia ſancimus. — Daher auch mit Recht von *Arthur* DVCK de auctor. iur. ciu. concluſ. Lib. I. §. 3. und andern behauptet wird: Quia decreta iudicum obligant eos ſolos, inter quos prolata ſunt, et res inter alios actae aliis praeiudicium non faciunt, et lubrica eſt diiudicatio cauſarum ex ſimilibus ſententiis, ſequitur, deciſiones ſupremarum curiarum ius non conſtituere, et non aliam vim habere, quam reſponſa prudentum. Und obgleich vermöge L. 38. D. de Legib. den gerichtlichen Entſcheidungen, wenn ſie in mehrern Fällen ununterbrochen auf einerlei Art erfolgt ſind, die geſetzliche Kraft eines Gewohnheitsrechts beigelegt wird: ſo verſtehet ſich doch dieſes allemal in der Vorausſetzung, welche die darauf folgende L. 39. ebendaſ. an die Hand giebt: quod non ratione introductum, ſed errore primum, deinde conſuetudine obtentum eſt, in aliis ſimilibus non obtinet. BERGER in Elect. Proc. prouoc. th. 12. 13. vorzüglich aber *Marc.* LYCKLAMA *a* NYCHOLT Membranar. ſ. opin. controuerſ. Lib. I. Ecl. XI. Doch kommt es darauf hier nicht einmal an. Denn, hält der Richter ſich von einem

2) **Was ist in Ansehung der Proceßkosten Rechtens, wenn der verlierende Theil in derselbigen Sache, welche jetzt entschieden wird, schon ein günstiges Urtheil vor sich hat?** Viele halten dafür, daß dieses allemal, und ohne weitern Unterschied, die Compensation der Kosten nach sich ziehen müsse, weil alsdenn der verlierende Theil in Ansehung des Processes und dessen Fortsetzung die beste Vermuthung vor sich hätte [6]). Andere sind der Meinung, daß die Kosten nur in dem Falle zu compensiren wären, wenn das vorige Urtheil aus neuen, und in den vorigen Instanzen noch nicht verhandelten Grün-

nem gültigen **Gewohnheitsrechte** überzeugt: so muß er auch in der Entscheidung demselben nachgehen. Hier fragt sich nur, wie hat er die Sache anzusehen, wenn er dergleichen Erkenntnisse in vermeinten ähnlichen Fällen, als unanwendlich verwirft? Unstreitig treten sodann die obigen Gründe ein, wonach der verlierende Theil die Kosten zu bezahlen hat.

6) MEV. P. 3. Decis. 316. CARPZOV P. I. Const. 31. def. 20. GAIL Lib. I. Obs. 152. n. 5. SEYFARTH de compensat. expensar. cap. 2. §. 13. Haec opinio est communis, et sacrosanctissima dicitur a *Vinio* L. I. Decis. 47. n. 5.

Gründen abgeändert worden 7). Allein, wenn sich sonst aus den Acten und der Beschaffenheit der Sache, kein rechtlicher Grund zur Vergleichung der Proceßkosten ergiebt: so ist nicht abzusehen, wie ein aufgehobenes Urtheil solches bewirken könne. Durch das eingewandte Rechtsmittel, und die darauf erfolgte richterliche Abänderung, ist ja dem vorigen Urtheile alle Kraft benommen, und es kann daher auch den verlierenden Theil von einer Verbindlichkeit, die ihm, den Rechten nach, obliegt, nicht befreien. Vermöge des nachfolgenden Ausspruchs, welcher ihn sachfällig erklärt, muß er als ein solcher behandelt werden, der, durch widerrechtlichen Streit, das vorige Urtheil, und eben dadurch auch den Schaden veranlasset hat, welchen sein Gegner an aufgewandten Kosten erlitten hat. Die Verbindlichkeit, diesen Verlust zu ersetzen, ist so natürlich, daß es eine wahre Ungerechtigkeit mit sich führt, wenn man denjenigen davon befreien will, der durch unrichtige Vorträge den

7) BRUNNEMANN Proc. ciuil. cap. 27. n. 78. und c. 28. n. 10. COTHMANN Vol. I. respons. 60. n. 145. und mehrere, welche TEMMEN de litium expens. Cap. 8. Sect. 4. n. 25. benannt hat.

den Richter voriger Instanz zu seinem Vortheile einzunehmen gewußt hat. Folgende vortreffliche Stelle des Cicero verdient, hiebei wieder in Erinnerung gebracht zu werden: Quum nihil tam incorruptum esse debeat in republica, quam suffragium, quam sententia, non intelligo, cur, qui ea pecunia corruperit, poena dignus sit. —— *qui eloquentia, laudem etiam ferat.* Mihi quidem hoc plus mali facere videtur, qui oratione, quam qui pretio iudicem corrumpit, quod pecunia corrumpere prudentem nemo potest, dicendo potest [8]). Sonst findet man kein Bedenken, denjenigen zum Ersatz des Schadens anzuhalten, auf dessen Geheiß oder Verlangen etwas geschehen ist, welches einem andern zum Nachtheile gereichet. Hingegen ein widerrechtliches Urtheil, und dergleichen ist doch der abgeänderte Ausspruch nach förmlichen Rechte gewiß [9]), soll mich hindern,

[8]) CICERO de republ. Lib. 4. beim *Ammian Marcellin* Lib. 30. cap. 6.

[9]) Wenn auch nach wirklichem Rechte, und an sich die Sache ganz anders beschaffen ist. Schon VLPIAN bemerkt: Appellandi vsus quam sit necessarius, nemo est, qui nesciat; quippe *quum iniquitatem iudicantium vel imperitiam corrigat; licet*

dern, von dem Gegner, der es bewirkt hat, meine Entschädigung wegen der Kosten zu verlangen? Immerhin mag des vorigen Richters Unwissenheit, oder vorsätzliche Ungerechtigkeit, den nächsten Grund dieser Beschädigung ausmachen; so ist doch allemal die erste und vornehmste Ursache davon in der Proceßführung meines Gegners zu setzen, welche am Ende als widerrechtlich verworfen ist. Ich mag es nicht einmal anführen, was man wol hiebei zu erinnern pflegt, daß man es von dem streitenden Theile, zu dessen Vortheile das vorige Urtheil ausgefallen war, nicht füglich verlangen könne, sich selbst dieses Vortheils zu entäussern, und freiwillig nachzugeben; da er doch nunmehr alle Ursache gehabt hätte, seine Sache für gerecht zu halten. — Es würde äusserst hart sein, ihn in die Kosten zu verurtheilen [10]). Nur Schwach-

et nonnumquam bene latas sententias in peius reformet. Neque enim vtique melius pronunciat, qui nouissimus *sententiam laturus est.* L. 1. pr. D. de *Appellationib.*

[10]) SEYFARTH de compens. expens. l. c. in den Worten: Etenim, qui primam sententiam obtinuit, sine dubio iustam habet litigandi causam. Nec obstat, si prior sententia fuerit iniqua, quum

 quae-

Schwachheit und Empfindelei können das hart finden. Wenn ihn die Sache selbst und deren Beschaffenheit an sich nicht entschuldigt, (§. 5.): so war er allerdings verbunden, freiwillig den Streit aufzugeben; und er verdient alsdenn eben so wenig Nachsicht, als der Appellant, welcher sich widerrechtlich gegen das vorige Urtheil auflehnt [11]. Sonst müßte folgen, daß ein Jeder, der etwas vom Richter erschleicht, gegen alle Entschädigung sicher sei, weil der Richter gutmüthig oder boshaft genug gewesen, sich dazu hinreissen und bewegen zu lassen; es würde folgen z. B., daß ein ungerechter Arrest, weil er doch einmal erkannt worden, dem, der

quaelibet sententia praesumatur iusta. Man sehe dagegen FACHINAEI controuers. iur. Lib. 1. Cap. 41. LEYSER Spec. 88. Med. 2.

[11]) Sonderbar ist es doch, daß CARPZOV in Proc. iud. Tit. 18. Art. 6. not. 96. das Gegentheil sehr billig findet, und den Appellanten, welcher von neuen verliert, mit Erstattung der Kosten verschont wissen will; und zwar aus dem herrlichen Grunde, weil der Appellant durch die Bestätigung des vorigen Urtheils ohnehin schon genug bestraft würde, et durum foret, afflictio nouam afflictionem per condemnationem in expensas addere. — *Quasi afflictus sit*, setzt **Temmen** a. a. O. hinzu, *qui ex obligatione iuste condemnatus est.*

der ihn bewirkt hat, die Verbindlichkeit, seinen Gegner zu entschädigen, nicht auflege [12]). Hier wird ein Jeder zugeben, daß es allein nicht auf des Richters Verfügung, sondern darauf ankomme, ob die Gründe, weswegen solche gesucht und erkannt worden ist, dem Impetranten zur Rechtfertigung gereichen. Und darauf, denke ich, wird es denn auch wol bei abgeänderten Urtheilen, in Rücksicht auf den Kostenpunkt, ankommen. Nun wird der vorige Ausspruch aufgehoben, entweder weil er auf Unrichtigkeiten in Thatsachen gestützt ist, oder weil eine falsche Bestimmung des Rechts dabei zum Grunde liegt. Was das Erstere anbetrift, so kann der verlierende Theil nur alsdenn auf die Compensation der Kosten einen Anspruch machen, wenn ihm in Rücksicht der wahren Beschaffenheit der Thatumstände, den Rechten nach, eine schuldlose Unwissenheit zu Statten kommt; wie solches oben (§. 5. 6.) bereits entwickelt ist. In Ansehung des zweiten aber

 ist

[12]) MEVIUS P. 7. Decis. 85. und P. 8. Dec. 290. Man lese die Gründe, welche dieser Rechtsgelehrte vorträgt; und man wird sie auch sicher bei Urtheilen, die in der Folge ungerecht befunden werden, sehr anwendlich finden.

ist gleichfalls nicht abzusehen, aus welchen Gründen die Behauptung unrichtiger Rechtssätze, welche an sich dem verlierenden Theile nicht zu gute gehalten wird (§. 8. 9.), ihn darum entschuldigen soll, weil doch der vorige Richter das auch so angenommen hat. Man lasse sich nur durch dasjenige nicht irre machen, was, nach gewissen individuellen Verhältnissen, wol möglich sein, und den verlierenden Theil für seine Person entschuldigen könnte; worauf aber, wegen der damit verknüpften Unsicherheit, in Gerichten nicht gesehen werden kann; sondern man nehme die Sache so, wie sie nach allgemeinen Vorschriften der Gesetze, und nach der Natur des förmlichen Rechts, genommen werden muß. **Jene** verbinden den verlierenden Theil zur Kostenerstattung, weil Unwissenheit und Irrthum in Ansehung dessen, was Recht ist, ihn nicht berechtigen, andere in Schaden zu setzen. **Dieses** aber erklärt den vorigen Ausspruch und die Sache dessen, den er begünstigt, für ungerecht, die Rechtssätze, worauf man sich gestützet hat, für unrichtig; und es muß also entweder mit sich selbst in Widerspruch gerathen, oder auch den verlierenden Theil als einen solchen behandeln, der ohne Recht seinen Gegner beschädigt

digt hat, folglich denselben auch zu entschädigen verbunden ist. Und wenn es einmal darauf angelegt ist, daß Jemand durch das Versehen, oder Ungerechtigkeit des vorigen Richters leiden muß, ohne solches im eigentlichen Verstande selbst durchgängig **verschuldet** zu haben: so ist doch wol gewiß derjenige, dessen Sache durch das folgende Urtheil als ungerecht verworfen wird, ungleich näher, und mehr verbunden, diesen Schaden allein zu büßen, als daß der andere Theil, den die Gerechtigkeit nunmehr in ihren Schutz nimt, diesen Schaden mit tragen sollte. Ob übrigens das vorige Urtheil aus Gründen, die ehedem in den Acten schon vorgekommen waren, oder aus neuen Ursachen eine Abänderung erlitten habe, darauf kommt es noch allein nicht an. Denn, wenn nur die sogenannten noua von der Art sind, daß die jezt verlierende Partei dagegen eine gänzlich schuldlose Unwissenheit mit Recht nicht vorschützen kann, und dem Gegner wegen verspäteter Beibringung in dieser Hinsicht, den Rechten nach, nichts zur Last fällt [13]): so geschieht die Verurtheilung des sachfälligen Theils in die Proceßkosten nichts desto weni-

[13]) LEYSER Spec. 88. M. 10. BACHOV ad TREVTLER Disput. 12. Th. 16. lit. D.

weniger mit Recht. Ohne Zweifel kann aber auch der gewinnende Theil die Bezalung der Kosten, zumal, wenn sein Gegner dazu nicht vermögend sein sollte, selbst von dem übel erkennenden Richter fordern, wenn demselben eine Uebertretung oder Vernachläßigung seiner Amtspflichten zur Last fällt [14]). Es hat freilich seine Schwierigkeiten, in dieser Rücksicht gegen die Gerichte durchzukommen; und den leztern muß es gewiß einen nicht geringen Anreiz geben, desto ungescheuter die größten Ungerechtigkeiten zu begehen, wenn gar bei den Obergerichten die heillose Maxime herrscht, daß man den Unterrichtern, bloß um ihres Ansehens zu schonen, durch die Finger siehet, und diesen vermeinten Ansehen das Eigenthum, und die Rechte der gedrückten Unterthanen Preiß giebt.

[14]) *Damni reparatio*, quam pars laesa a iudice petit, in caussae et litis, cuius iacturam dolo eius patitur, aestimatione, et in *expensarum litis*, quas eo nomine impendit, restitutione continetur. *G. L.* BOEHMER *de Remed. Syndicatus* Cap. 2. §. 12. Et quidem iudex eas persoluere tenetur *ex suo*, non ex *iudicii emolumentis*, quum teneatur ex facto illicito *vt priuatus*. SCHWEDER de concursu et elect. remedior. contra Sentent. supremor. tribunal. Cap. 4. §. 3.

giebt. Vernunft und Gesetze verabscheuen diese ungerechte Schonung durchaus [15]); und mancher Richter würde ungleich vorsichtiger zu Werke gehen, Partheilichkeit und vis inertiae würden weniger Gewalt über ihn haben, wenn ihm, statt jener beliebten Schonung seines Ansehens, die gesetzlichen Folgen seiner Pflichtwidrigkeit gewisser bevorstünden.

§. 12.

Auch der Eid, den man freilich in mancher Hinsicht Folgen beilegt, die mit der Natur und dem Endzwecke desselben nicht übereinstimmen, hat häufig zum Vorwande dienen müssen, um die Proceßkosten zu compensiren, wenn gleich der verlierende Theil nichts weniger, als diese Nachsicht, verdiente [1]). Man behauptet solches erstlich in

H 4 dem

[15]) L. 15. C. de iudiciis. L. 6. D. de extraord. cognit. BOEHMER *Consult. et Decis.* Tom. II. P. I. Resp. 455. Struben Rechtl. Bed. Th. 2. Nr. 124. Th. 4. Nr. 201. TEMMEN de lit. expens. Cap. 12.

[1]) *Ferd. Christ.* HARPRECHT Dissert. de expensis victoriae praestito iureiurando adiudicandis, vel compensandis, Tubing. 1686. in dessen Dissertat. Vol. II. n. 62. *Andr. Mart.* HÖGER de expen-

dem Falle, wenn über den Grund der Klage, oder der zerstörlichen Einreden, der Eid von dem einen Theile dem andern zugeschoben, und, nach vorhergehendem Eide für Gefährde, geleistet worden ist [2]). Diese Meinung ist gänzlich ungegründet. **Claproth** [3]) glaubt zwar in L. I. D. Quar. rer. act. non dat. eine Bestätigung derselben anzutreffen; wer aber die Stelle selbst gelesen hat, der wird ihm schwerlich beipflichten. Der Schwörende, heißt es daselbst, wird gewissermaßen zum Richter in seiner eignen Sache bestellet. — Da aber dieses auf Begehren und Veranlassung seines Gegners, und unter Zustimmung der Gesetze geschiehet, und da diese dem deferirten und abgeleisteten Eide eine völlige Beweiskraft beilegen: so sehe ich in der That nicht, wie man daraus folgern

expensis victori refundendis a victo ex iuramento iudic. et lit. decisor. Alt. 1755.

[2]) CARPZOV P. I. Constit. 31. Defin. 30. 31. und in Processu Tit. 24. Art. I. n. 50. TEMMEN de lit. expens. Cap. 9. Sect. 4. n. 8. Man sehe jedoch SEYFARTH de compensatione expensarum Cap. 2. §. 6. REINHARTH de errorib. pragmat. in compens. expensar. §. 27. LEYSER Spec. 88. Med. 11.

[3]) Einleitung in den ordentlichen Proceß, §. 242.

gern könne, daß die Proceßkosten compensiret werden müßten [4]). Nach Vorschrift der Gesetze wirket der Eid eine förmliche Wahrheit, und der Richter ist schuldig, dasjenige als wahr, und ausgemacht, im Wege Rechtens zu behandeln, was einmal mittelst Eides also bestärket ist. Dato iureiurando non aliud quaeritur, quam an iuratum sit; *remissa quaestione an debeatur, quasi satis probatum sit* [5]). So bald also die Sache einmal beschworen ist, so kann die Entscheidung wegen der Proceßkosten lediglich nur von Bestimmung der Frage abhängen, ob der sachfällige Theil in Ansehung dessen, was nunmehr durch den Eid in juristische Gewißheit gesetzet ist, eine solche schuldlose Unwissenheit oder irrige Meinung, die ihn **wegen der bisherigen Prozeßführung** gänzlich entschuldiget, für sich anführen könne? Diese Frage muß aus der Beschaffenheit der Thatsachen, welche beschworen sind, und aus den Verbindlichkeiten, welche dem sachfälligen Theile in Ansehung des gerichtlichen Streits oblagen, näher bestimmt werden. In der bloßen

[4]) REINHARTH a. a. O.

[5]) L. 5. §. 2. D. de iureiurando. L. 36. pr. eod. MALBLANC de iureiurando §. 41.

Eidesdelation an sich, und in dem geleisteten Eide für Gefährde liegt kein Grund, woraus dergleichen rechtmäßige Entschuldigung gefolgert werden könnte [6]). Gesetzt also, daß ein streitender Theil über seine eignen oder gemeinschaftlichen Handlungen dem andern den Eid zugeschoben, und dieser ihm geleistet habe: so ist jener ganz unstreitig nach der förmlichen Wahrheit, welche der Eid

6) Die Meinung, daß das sogenannte iuramentum calumniae von Erstattung der Proceßkosten befreie, hat zwar ehedem manche Anhänger gefunden, wie beim LAVTERBACH de expens. victor. th. 46. und PESTEL de expensis th. 12. mit mehrern zu ersehen ist. Beide haben den Irrthum widerlegt; und es ist kaum nöthig zu erinnern, daß dem streitenden Theile, welcher durch den erwähnten Eid zwar den Verdacht der vorsätzlichen Chikane von sich abgelehnet hat, dennoch in mancher andern Hinsicht die Proceßführung zur Last fallen könne. Ueberdem würde aus jener Meinung folgen, daß nach gemeinen Rechten, Auth. Hoc Sacramentum C. de iureiur. propter Calumn., und nach verschiedenen Provinzial-Gesetzen, welche den allgemeinen Eid für Gefährde annoch erfordern, der verlierende Theil eigentlich nie in die Kosten verurtheilet werden könnte. LEYSER Spec. 88. Med. 11. Oeltze Anleit. zur gerichtl. Praxis, §. 287.

Eid zur Folge hat, als ein solcher zu behandeln, welcher ein factum proprium vel commune fälschlich behauptet oder bestritten hat. In beiden Fällen verdient er gar keine Nachsicht; und muß also den Schaden ersetzen, welchen er dem andern Theile durch unrichtige Vorträge vor Gericht verursacht hat. **Anton Fabers** Raisonnement, daß es doch billig wäre, die Kosten zu compensiren, quum fieri posset, vt, qui iuravit, peieraverit, et tamen vicerit [7]), ist offenbar falsch; und widerspricht theils der Natur der Sache, theils den Vorschriften der Gesetze; wonach der Richter den Eid entweder gar nicht zulassen, oder auch, wenn er einmal geleistet, das Beschworne als wahr und ausgemacht annehmen, mithin auch die Folgen eben so bestimmen muß, wie es in jedem andern Falle, wo Thatsachen völlig bewiesen, oder unrichtig befunden sind, den Rechten gemäß ist. Darum läßt sich auch mit eben diesem **Faber** und andern nicht behaupten, daß die Verurtheilung in die Kosten einzig und allein nur in dem Falle Statt finde, wenn der obsiegende Theil, ausser dem deferirten und abgelegten Eide, noch andere Gründe vor sich gehabt hätte, daß aber

[7]) *Error. Pragmaticor.* Decad. 19. Cap. 6.

aber dagegen die Kosten zu compensiren wären, wenn er bloß des Eides wegen obgesieget hätte. Dieser Unterschied verdient keinen Beifall, weil der alleinige Eid allemal schon völlig entscheidend ist, und die förmliche Wahrheit, die er mit sich bringet, zu ihrer Wirksamkeit keiner weitern Unterstützung durch andere Gründe bedarf. Ist aber der Gegenstand des Eides in Ansehung dessen, der ihn dem andern Theile zugeschoben hat, eine fremde Thathandlung; so sind gleichfalls die Grundsätze auch hier anzuwenden, welche in dieser Hinsicht oben bereits vorgetragen sind. Eigentlich, wenigstens in den allermeisten Fällen, deferirt derjenige dem Eid, dem, den Rechten nach, der Beweis einer Behauptung obliegt. Es kann inzwischen auch der andere Theil, ob er gleich die Last des Beweises nicht übernehmen darf, dennoch die Eidesdelation ergreifen, um desto kürzer aus der Sache zu kommen, oder, wie **Faber** ihn etwas unsanft beurtheilt: per iuris imperitiam, nimiamque stoliditatem. Diesen mögte ich zwar nicht durchgängig [8]), wol aber in dem

[8]) MALBLANC a. a. O. §. 66. Pag. 247. in den Worten: Admitto tamen compensationem expensarum,

dem Falle, wovon jezt die Rede ist, da er sich nämlich mit der Unwissenheit fremder Thatsachen entschuldigen kann, mit Erstattung der Proceßkosten verschonen. Jener hingegen, dem der Beweis dessen, worüber er den Eid deferirte, oblag, verdient auch hier keine Nachsicht. Denn ihm fällt es zur Last, daß er fremde Thatsachen behauptet, am Ende aber nicht gehörig bewiesen hat. Es kommt auch in der That nichts darauf an, ob er ausser der Eidesdelation noch einige Scheingründe vor sich gehabt habe, oder nicht; indem er es einmal auf den gegenseitigen Eidschwur hat ankommen lassen, wovon es eine ganz natürliche Folge ist, daß die Sache lediglich nach der Leistung, oder Nichtleistung, des Eides beurtheilt und entschieden werden müsse. Und der verlierende

sarum, si is, cui nullum probationis onus incubuit, sponte iusiurandum aduersario detulit. War es in Ansehung seiner keine fremde Thatsache im eigentlichen Verstande: so ist nicht abzusehen, was ihn vom Kosten-Ersatze befreien könne, da er doch einmal den Beweis des Gegners nicht erwarten, sondern auf dessen Eid es ankommen lassen wollte, und dieser Eid nunmehr juristisch ausser Zweifel setzet, daß der verlierende Theil ein Factum proprium wider die Wahrheit bestritten habe.

rende Theil, dem die Gesetze es zur Pflicht machten, nichts zu behaupten, wobei es ihm an rechtlicher Gewißheit mangelte, kann sich unmöglich damit entschuldigen, daß er aus sonstigen Gründen die Sache **glaublich** gefunden habe. Denn die vergeblichen Versuche, dieses Glaubliche durchzusetzen, müssen nothwendig auf seine Kosten geschehen, nicht aber dem andern Theile schädlich werden. Gleichwol, sagt man, hat doch der obsiegende Theil hier auch den Vortheil, daß er durch Leistung des Eides kurz und ohne noch mehrere Kosten aus der Sache kommt [9]). Also ist auch das ein Grund wider den Beschädigten, daß er wol zufrieden sein könne, weil ihm kein größerer Schade zugefügt worden? — — Eine andere Meinung, daß die Compensation der Proceßkosten ganz vorzüglich in dem Falle geschehen müsse, da ein zurückgeschobener Eid geleistet worden [10]), ist eben so wenig gegründet. Man glaubt alsdenn in dem Betragen des verlierenden Theils, Spuren einer religiösen Denkungsart anzutreffen, welche ihn dieser Nasicht sehr würdig machte. — Praemium quoddam litigantium vere-

9) CARPZOV a. a. O. FABER ebendas.

10) FABER l. c. TEMMEN a. a. O.

verecundiae tribuendum est, sagt ein vortrefli- cher Schriftsteller, welcher sonst die Lehre vom Ei- de von so vielen Unrichtigkeiten gereinigt hat [11]). Noch erbaulicher aber ist die Betrachtung, welche **Anton Faber** hierüber anstellet: iusiurandum delatum referre vt plurimum illi solent, qui diuini numinis metu ad superstitionem usque sunt timidiores; in quam partem peccare longe tutius est, ac modestius et Christiano praesertim homine dignius, quam religionis contemptu facilitatem iurandi prae se ferre. Es stehet wol sehr dahin, ob diese Erfahrung, zumal in unsern Zeiten, noch Statt finde; und ob nicht mancher den Eid gerade darum zurück schiebe, weil er selbst ihn nicht schwören kann, und weil er es weniger sündlich findet, allenfalls durch das furchtsame Gewissen seines Gegners, durch dessen Abneigung gegen die Eide, oder wenigstens durch Verschleppung der Sache, sich einigen Vortheil zu verschaffen? Darf er nun gar auf die Compensation der Kosten Rechnung machen: So wird er, wenn ihm etwas zu Eides Hand gelegt wird, was er nicht beschwören kann, sicher nicht nachgeben, sondern lieber den Eid zurück schieben, um von Erstat-

[11]) MALBLANC l. c. §. 66.

Erstattung der Proceßkosten freizukommen. So verhält es sich sehr häufig mit denen, welche metu summi numinis ad superstitionem vsque timidiores, den Eid zurückschieben. Und gesetzt auch, daß dem nicht also wäre; so kann ja das furchtsame Gewissen, die Andacht, und Religiosität des verlierenden Theils, doch wahrlich die Folgen des förmlichen Rechts und der förmlichen Wahrheit nicht abwenden. Diesen muß der Richter nachgehen, da er jene ohnehin nicht erforschen kann. Folglich kommt es, wenn der zurückgeschobene Eid geschworen ist, lediglich nur darauf an, ob dasjenige, was dadurch in juristische Gewißheit gesetzet ist, eine Thatsache sei, die der verlierende Theil mit Recht ignoriren konnte und durfte, oder nicht. Im leztern Falle muß er unstreitig die Kosten bezahlen. Und war er so fromm, daß er einen Eid, den er leisten konnte, von sich ablehnte, zugleich aber auch so christlich gesinnet, daß er statt dessen lieber einen andern das Gegentheil eidlich erhärten ließ: so mag er auch seinen Grundsätzen das Opfer bringen, daß er die Proceßkosten bezahle, und mag sich nicht beschweren, daß man seine bisherige Behauptung nunmehr so behandelt, wie es der abgelegte Eid mit sich

bringt

bringt [12]). Von dem, was bisher gesagt ist, findet manches auch zweitens in dem Falle eine Anwendung, wenn die Sache durch die Leistung eines Erfüllungs- oder Reinigungs-Eides entschieden wird. Es fehlt zwar nicht an Rechtsgelehrten, welche die Compensation der Kosten, die von so vielen hier zur Regel gemacht wird, verwerfen [13]). Indessen hat jene Meinung so vielen Beifall gefunden [14]), daß

[12]) Abhandlung: ob die relatio iuramenti die Compensation der Unkosten des Processes mit Recht nach sich ziehe? in d. Oberlausitz. Beitr. zur Gelahrh. u. deren Historie, Th. 2. Seite 209. folg.

[13]) LEYSER Spec. 88. M. 5. BERGER Elect. Discept. forens. p. 1017. MEVIUS P. 6. Decis. 39. REINHARTH a. a. O. §. 26. SEYFARTH de compensat. expens. Cap. 2. §. 4. 5. Daß übrigens Anton FABER, welchen Leyser mit auf diese Seite ziehet, im Grunde ganz anderer Meinung sei, ergiebt sich bei näherer Vergleichung der Stelle, worauf Leyser sich beruset, Cod. Lib. 4. Tit. 1. Def. 1. mit einer andern, nämlich Error. Pragm. Dec. 19. cap. 7.

[14]) MARTINI Comment. forens. Tit. 36. §. 1. BRUNNEMANN Proc. ciu. Cap. 27. n. 78. Hoffmann deutsche Reichspraxis. §. 797. Claproth ordentl. Proc. §. 203. Oeltze Anleit. zur gerichtl. Prax. §. 287.

daß sie auch hin und wieder in den Landesgesetzen bestätigt ist [15]). Nach gemeinen Rechten, und deren Analogie läßt sie sich nicht vertheidigen. Ja es sind Gründe dawider, welche vielleicht verdienen mögten, selbst von Seiten der Gesetzgebung etwas näher beherzigt zu werden. Was im ganzen gegen die Misbräuche, welche mit den gedachten Eiden vorgehen, und überhaupt gegen die Einführung derselben, in mancher Hinsicht erinnert werden könnte, lasse ich vorjezt auf sich beruhen [16]). So viel ist aber gewiß, wenn doch einmal dergleichen Eid erkannt, und geleistet ist, daß es alsdann offenbar widersprechend sei, wenn auf der einen Seite das Beschworne, als völlig wahr und ausgemacht, angenommen, folglich die bisherige Behauptung des sachfälligen Theils, als ungegründet, verworfen, und die Hauptsache hiernach entschieden wird; gleichwol aber auf der andern Seite der verlierende Theil in Ansehung der Proceßkosten mit

[15]) Selbst in Corp. iur. Frid. 1. Th. 1. B. 23. Tit. Seite 192.

[16]) *Ioh. Gottl.* HEINECCIVS de lubricitate iurisiurandi suppletorii, in Opuscul. Exercit. 16. *Ant.* FABER Coniectur. Lib. 19. c. 1. und Error. Pragmat. Dec. 19. c. 1. sequ. MALBLANC *de iureiurando* Lib. 3. Cap. 5. Lib. 4. c. 4.

mit den Folgen des erwiesenen Unrechts verschonet wird. In der That sollte etwas mehr Rücksicht darauf genommen werden, daß gerade in den Fällen, wo der obsiegende Theil nicht sogleich einen ganz vollständigen Beweis durch Zeugen, oder Urkunden zur Hand hat, die Compensation der Proceßkosten ganz vorzüglich der Chikane und Streitsucht zur Nahrung gereiche; und daß der verlierende Theil bei einer durch den Eid entschiednen Sache die gewöhnliche Nachsicht noch weniger verdiene, da er durch sein bisheriges Leugnen dem Gegner die Sache erschweret, und ihn zu einem Eide genöthiget hat, dessen er sonst hätte überhoben sein können [17]. Man hat zwar in den Fällen, wo der Richter auf einen Entscheidungseid erkennet, den verlierenden Theil entschuldigen wol-

[17]) MEVIUS P. VI. Dec. 39. n. 8. in den Worten: Non minus malitiosus et odio poenaquae dignus litigator est, qui mala fide litigans finit alterum probationum difficultate macerari, quam qui iuramento demum veritatem exprimi efficit. Immo eo magis culpandus est, ybi, aliter se rem habere sciens, nomen Domini contra Decalogum in vanum assumere finit. Sic pii Iureconsulti semper censuerunt, non tantum periurii reos, sed etiam, qui iuramentis non necessariis caussam dant, puniendos.

len, weil die Sache an sich doch zweifelhaft, und er daher nicht verbunden gewesen sei, den unvollständigen Beweisen des Gegners sogleich nachzugeben. Insbesondere aber glaubt man bei dem Reinigungseide in eben dem rechtlichen Verdachte, den der obsiegende Theil dadurch erst abgelehnet hat, auch einen gewissen Entschuldigungs-Grund für die sachfällige Partei in Ansehung der Proceßführung anzutreffen. Ich habe gegen dieses alles nur das einzige zu erinnern, daß aus der Unvollständigkeit der Beweise, die am Ende durch den Erfüllungseid ergänzt, und aus dem Verdachte, welcher durch den Reinigungseid abgelehnt werden mußte, an sich nicht folge, daß der andere Theil bona fide gestritten, seine bisherige Behauptung wirklich für wahr gehalten, und wenigstens einen schuldlosen Irrthum vor sich habe, mithin wegen des gerichtlichen Streits, und der dadurch veranlaßten Kosten zu entschuldigen sei; sondern die Beschaffenheit der Sache selbst, wie sie nun, da sie erwiesen ist, sich ergiebt, muß die Gründe an die Hand geben, um zu bestimmen, ob die Proceßführung dem verlierenden Theile zu gute gehalten werden kann, oder nicht. Ist also durch den Erfüllungseid eine Handlung ausser

Zwei-

Zweifel gesetzt, welche in Ansehung des Gegners keine fremde Thatsache war: so ist ja auch eben dadurch zugleich ausgemacht, daß die sachfällige Partei eine Sache behauptet, oder bestritten habe, in deren Hinsicht sie sich mit keiner Unwissenheit entschuldigen kann [18]); folglich würde die Compensa-

[18]) Wenn z. B. jemand eine ihm angeblich geschehene Zahlung, einen Contract, den er selbst getroffen hat, u. s. w., leugnet, in der Folge aber der Erfüllungs-Eid gegen ihn geleistet wird: so ist es doch wahre Ungerechtigkeit, wenn die Kosten compensiret werden; da doch der Richter diese Thatsachen nunmehr so wahr und erwiesen annimmt, daß er in der Hauptsache sein Erkenntniß darauf bauet, und eine ganz natürliche Folge davon ist, daß der sachfällige Theil sich in Ansehung solcher eigenen Handlungen mit nichts entschuldigen könne. Was man sonst wol behauptet hat, daß der obsiegende Theil hier nur durch eine probationem priuilegiatam ein günstiges Urtheil erhalte, und sich ohne Entschädigung wegen der Kosten um so mehr beruhigen könne, da er doch immer gleichsam als Zeuge in seiner eignen Sache zu betrachten wäre, TEMMEN Cap. 9. Sect. 4 n. 3.; das ist so auffallend unrichtig, daß es keine weitere Widerlegung erfordert, indem die förmliche Wahrheit, welche der gesetzliche Eid, wenn er abgelegt ist, bewirket, schlechterdings jede Anwendung

pensation der Kosten ungerecht, und widersprechend sein; so wie sie im Gegentheile billig ist, wenn der verlierende Theil eine fremde Handlung bestritten hat [19]). Bei dem Reinigungseide tritt aber das besondere Verhältnis ein, daß nach dessen Ableistung derjenige sachfällig wird, dem eigentlich die Verbindlichkeit des Beweises oblag; und es ist schon oben gezeiget worden, daß der Mangel des rechtlichen Beweises dem, der ihn zu führen verbunden ist, allemal die Erstattung der Proceßkosten zur Pflicht mache. Die Gründe des Verdachts, welche er wider den Gegner aufgestellet hat, machen keinen völligen Beweis aus, und da nunmehr durch den Reinigungseid der Verdacht entfernet, und die Behauptung als ungegründet darge-

wendung der sonstigen Grundsätze, von Zeugen in eigner Sache, gänzlich ausschliesset. L. 3. C. de Rebus creditis. L. 31. D. de iureiurando.

[19]) HÜLSE de expensis victoriae th. 17. in den Worten: minime tamen in facto vtrinque proprio; quia ibidem reus, ob scientiam facti proprii, consistit in temeritate litigii. Verschiedene ältere Rechtslehrer, welche TEMMEN l. c. anführt, haben schon eben so unterschieden; die Sache rechtfertigt sich von selbst, was auch immer Anton FABER Error. pragmat. Dec. 19. c. 7. dagegen erinnern mag.

dargestellet ist: so verlangt auch der obsiegende Theil, **wenn er nur nicht selbst durch seine Schuld zu dem Verdachte Anlaß gegeben hat** [20]), die Vergütung der Kosten mit Recht. Man findet dies zwar hart und unbillig, weil doch der andere Theil so viele Gründe vor sich gehabt hat, die den Richter zur Erkennung des Reinigungseides bewogen haben. Allein, angenommen auch, daß nichts Unlauteres unter solchen vermeinten Gründen, und deren Vortrage, verborgen sei, und daß dem streitenden Theile keine eigentliche Chikane, wodurch eine ungerechte Sache zur Erkennung des Reinigungseides getrieben ward, vor-

 zuwer-

[20]) I. H. BOEHMER de expensis criminalibus Cap. 3. §. 9. Dieser berühmte Rechtslehrer bemerkt aber hiebei mit Recht: Potest etiam contingere, vt, qui grauatus sit ad purgatorium, nan tamen *culpa sua*, sed mero infortunio, adeo, vt mox praestito purgatorio innocentia eius manifestissime aliunde adpareat, simulque liqueat, eum *culpa sua* inquisitioni causam non dedisse. Hoc casu cessat omne fundamentum refundendarum expensarum; et sic reus pure absoluendus est, de quo iudex ex circumstantiis arbitrabitur. Möchten doch sportelsüchtige Richter und Fiscäle sich dieses zur schuldigen Nachachtung gesagt sein lassen!

zuwerfen sei: so ist und bleibt doch derjenige, welcher durch diesen Eid den Proceß verloren hat, von dem Vorwurfe nicht frei, daß er Dinge, die er beweisen sollte, jedoch nicht gehörig beweisen konnte, vor Gericht durchzusetzen gesucht hat. Nach bloßen Wahrscheinlichkeitsgründen darf Niemand Handlungen unternehmen, welche andern schädlich werden können, ohne auch zugleich die Verbindlichkeit der Schadensersetzung im widrigen Falle zu übernehmen. Und soll dieses dennoch zu hart sein, ob es gleich auf unleugbaren Grundsätzen des Rechts beruhet; so wird man doch wenigstens auch beim Reinigungseide die Vergütung und Compensation der Kosten danach bestimmen, je nachdem des sachfälligen Theils eigne Handlung, oder fremde Thatsachen den Gegenstand des Eides ausgemacht haben.

§. 13.

Ausser den bisher abgehandelten Fällen giebt es noch manche andere, wo die Compensation der Proceßkosten zwar auch ihre Vertheidiger findet; allein aus Gründen, die so unerheblich sind, daß sie sich größtentheils von selbst schon widerlegen. Ist der verlierende Theil sonst nicht, aus rechts-

beständ

beständigen Ursachen, in Ansehung des gerichtlichen Streits zu entschuldigen, so ist es offenbar ungerecht, wenn die Kosten gleichwol darum verglichen werden, a) weil der Proceß unter nahen Anverwandten geführt ist [1]); b) weil eine Obrigkeit in Streitigkeiten mit ihren Bürgern und Untergebenen [2]); c) die Kirche [3]); d) der Fiscus [4]);

 e) der

1) CARPZOV Procesf. Tit. 24. Art. I. n. 65. FABER in Cod. Lib. 7. Tit. 18. Defin. 63. Obgleich andere aus guten Gründen das Gegentheil dargethan haben: LEYSER Spec. 88. M. 4. REINHARTH de errorib. pragm. &c. §. 42. so findet doch jene irrige Meinung immer noch in so fern ihre Vertheidiger, daß, wenn keine wirkliche Chikane in den Acten klar zu Tage liegt, unter nahen Anverwandten die Verurtheilung in die Kosten nicht Statt finde. **Claproth** ordentl. Proceß. §. 203., gewissermaßen auch SEYFARTH de Compensat. expensar. Cap. 1. §. 12. Cap. 2. §. 2.

2) **Seyfarth** teutsch. Reichsproc. Cap. 33. §. 3. und das. angef. DD.

3) Man sehe dagegen SEYFARTH de compensat. expensar. C. 2. §. 3. REINHARTH l. c. §. 44. Auch ist unstreitig L. 6. C. de admin. tutor. gegen die Vorsteher der Kirche rc. anzuwenden.

4) LYNCKER Dec. 309. Dies widerlegt LEYSER Spec. 56. M. 7. fin.

e) der fiscalische Ankläger [5]); f) ja wol gar, weil ein Mönch, oder anderer Geistlicher das Schicksal gehabt hat, in der Hauptsache unterzuliegen [6]), g) weil eine arme Partei, oder sonstige persona miserabilis den Proceß verloren hat [7]); h) weil der

[5]) HÜLSE de lit. exp. th. 19. Auch hierüber ist LEYSER a. a. O. und Spec. 50. Med. 27. Spec. 88. M. 8., imgleichen REINHARTH l. c. §. 45. weiter nachzulesen.

[6]) Der Grund wird aus ihrer Frömmigkeit, und Verachtung der zeitlichen Güter hergenommen. Quare si mouent litem, semper praesumuntur bono zelo mouisse; nec condemnantur in expensas, etiamsi alia iusta causa litigandi non adpareat; quoniam, si bona sua dimiserunt propter Christum, non est praesumendum, quod iniuste appetant aliena. — Ist doch wol vielen zu nahe geredet? TEMMEN l. c. Cap. 9. Sect. 3. n. 2. u. 5.

[7]) LANCELLOTT de attentat. P. 2. c. 14. n. 2. BODINVS de expens. th. 16. Richtiger sagt LEYSER Spec. 88. Med. 9.: Profecto iniquum est, excitatque homunciones istos ad lites audacter mouendas. Quapropter iustum est, et illos in expensas condemnari. Et si tantum in aere non habeant, luant in corpore. Conuenit hoc ordinationi Camerae imperii P. I. Tit. 41. §. 3. Man sehe auch das Corpus iuris Frideric. I. Th. 23. Tit. §. 32. folg.

der sachfällige Theil vorzüglich als ein ehrlicher und gewissenhafter Mann in gutem Rufe stehet [8]; i) weil derselbe für seine Ehre gestritten [9]; k) weil er in der Hauptsache Zeugen vor sich gehabt hat, obgleich die Aussage derselben durch andere Zeugen, oder durch den Gegenbeweis ganz entkräftet ist; imgleichen weil er durch dasjenige, was man ihm aussergerichtlich von der Sache versichert hatte, zu der Proceßführung verleitet worden [10]; l) weil der Kosten-Aufwand nicht von Erheblichkeit ist [11]; m) weil auf geschehene Provocation ex

8) BERLICH P. I. Concluſ. 73. n. 23. BODINUS l. c. th. 25. PESTEL de expenſis, th. XI. n. 8. Dagegen sind nachzulesen *Marqu.* FREHER de exiſtimat. Cap. 5. n. 13. HILLIGER ad *Donell.* Lib. 26. c. 3. lit. A. SEYFARTH *de compenſ. expenſ.* Cap. 2. §. 8.

9) *Iac.* MENOCH de arbitrar. iudic. quaeſt. Cent. 2. c. 177. n. 14. BODINUS l. c. th. 20.

10) MARTINI Commentar. forenſ. Tit. 36. §. 1. n. 6. und 12. PESTEL l. c. §. XI. HÜLSE l. c. th. 26. widerlegt von REINHARTH l. c. §. 26. und 29. SEYFARTH l. c. C. 2. §. 7.

11) Dagegen ist REINHARTH l. c. §. 34. und im Ganzen über diesen Misbrauch der bekannten Regel: minima non curat. Praetor, *Ioach.* HOPP ad §. 16. Inſt. de Rer. diuiſ. n. 2., weiter nachzusehen.

ex Lege diffamari erkannt worden ist, daß Provocat mit seinen gerühmten Ansprüchen nicht weiter gehöret werden solle [12]; n) weil das Erkenntniß nur den jüngsten und gegenwärtigen Besitz berichtiget hat [13]. Es verlohnt sich zwar der Mühe nicht, Jeden dieser Misbräuche besonders zu erwägen; indessen habe ich sie nicht ganz unberührt lassen mögen, weil sie doch immer noch hin und

[12]) RIVINVS Tit. 36. Enunc. 10. SCHAVMBVRG princ. prax. iud. L. I. S. I. M. IV. Cap. 2. §. 12. not. x. p. m. 311. REINHARTH l. c. §. 35. PHILIPPI Proc. Saxon. Tit. 1. Conf. 4. n. 7.

[13]) RIVINVS c. l. Enunc. 9. Man glaubt wenigstens, daß die Entscheidung wegen der Kosten, bis zur Endschaft des possessorii ordinarii, oder petitorii auszusetzen sei. MARTINI *Comment.* forens. Tit. 36. §. 1. n. 132. Dagen lehrt **Struben** Rechtl. Bed. 1. Th. Nr. 10., daß das Unterliegen in Summariissimo, der Regel nach, sogleich die Verurtheilung in die Proceßkosten nach sich ziehe; daß aber auch der obsiegende Theil, wenn er nach der Zeit in petitorio sachfällig wird, zur Erstattung aller vorigen Kosten angehalten werden könne. Immo, compensatis licet per rem iudicatam expensis, is tamen, cuius malitia postea emergit, adhuc in expensas condemnari potest. LEYSER Spec. 88. M. 10.

und wieder ihre Anhänger finden. Und eben darum wird es auch nicht undienlich sein, im Ganzen noch folgende Bemerkungen hinzuzufügen. **Einmal** wissen die Gesetze selbst von allen diesen vermeinten Gründen der Compensation der Kosten nicht das Mindeste; folglich müssen auch die Rechte und Verbindlichkeiten der Parteien in dieser Hinsicht gerade durch, und ohne alles Ansehen der Personen, bestimmet werden. Fast sollte man aber glauben, daß Gerichte und Rechtsgelehrte bei der häufigen Kosten-Vergleichung, welche für die Streitsucht und Chikane so einladend ist, es recht darauf angelegt hätten, den Leuten das Processiren möglichst zu erleichtern, damit der Strand der Justiz von Zeit zu Zeit immer mehr gesegnet werden möge [14]). Hätte man nur **zweitens** den wahren

[14]) *Antiqua quidem Germania raros et exiguos litium anfractus gloriatur, sed hodierna numerosos ambitus luget. Testantur de processuum multitudinae omnia iudicia, nulla detestantur; emergentia exinde commoda, sportularumque multiplicatio, numquam subtractio, talia proh dolor operantur. Frequens compensatio expensarum portam litigantium ac rixosorum iniquitati, quasi Cumanam, aperit; consultius profecto, si plane in iudiciis ignoretur, aut nunc exterminaretur.* REINHARTH l. c. §. 47.

wahren Gesichtspunkt, woraus die Sache hier zu beurtheilen ist, nicht beinahe gänzlich aus den Augen verloren, und hätte man nicht unvermerkt sich der irrigen Vorstellung überlassen, daß die Erstattung der Proceßkosten blos als eine **Strafe** des **muthwilligen** Processirens anzusehen sei; so würde man bei näherer Prüfung sehr leicht wahrgenommen haben, daß in sämtlichen vorbemerkten Fällen weder das persönliche Verhältniß der Parteien, noch die Beschaffenheit der Sache an sich, irgend einen Grund enthalte, um die Proceßkosten deshalb mit Recht zu compensiren. Wie sehr aber jene unrichtige Idee um sich gegriffen habe, siehet man häufig aus dem Eindrucke, den die Verurtheilung in die Kosten auf den verlierenden Theil zu machen pflegt; indem mancher das Unterliegen in der Sache selbst weniger achtet, als daß er die Kosten bezahlen soll, welches er, da ihm sein Gewissen keine **Chikane** vorwirft, so ungerecht, als schimpflich findet [15]). Und freilich kann derjenige,

[15]) Dieses Vorurtheil hat die Ungerechtigkeit der Richter und Rechtsgelehrten selbst dadurch veranlasset, daß sie gegen die Verurtheilung in die Kosten so manchen nichtsbedeutenden Ausflüchten Raum gegeben haben, nicht anders beinahe, als ob

nige, welcher sich hier nur eine Ahndung der unlautern und vorsätzlich ungerechten Streitsucht gedenket [16]), sehr leicht darauf verfallen, die Verurtheilung in die Kosten bedenklich zu finden, wenn das Band der Verwandschaft unter den Parteien, oder sonst das persönliche Verhältniß des sachfälligen Theils die Vermuthung **vorsätzlicher** Ungerechtigkeit ausschließt; wie denn auch eben diese unrichtige Voraussetzung bei den übrigen

ob sie es hier mit Ansprüchen, die bloß auf Rache abzieleten, zu thun hätten. Und nachdem durch diese übel angebrachte Gelindigkeit die Streitsucht merklich angefacht worden ist; so hält man nicht für gut, einen andern Weg zu erwählen. Man verschont Anverwandte, Obrigkeiten ꝛc. ausdrücklich darum mit der Erstattung der Kosten, weil sonst zu fürchten sei, daß die Gemüther zu sehr erbittert, und aufgebracht werden mögten. Wahr ist es, was SEYFARTH de comp. exp. Cap. 2. §. 2. davon urtheilt. Ridicula est ratio compensationis, *ne odia multiplicentur*; iustitia enim ex metu odii coarctari non potest.

[16]) Welche unrichtige Folgerungen hieraus gemacht sind, zeigt mit mehrern Joh. Tob. Carrach von der Schuldigkeit die Unkosten einer Inquisition zu tragen, §. 8. in Joh. Fr. Plitts Repertor. des peinl. Rechts, 1. Th. S. 136. f.

gen genannten Fällen gleichfalls zum Grunde liegt. Daran aber scheint man nicht weiter zu denken, daß Verhältnisse der Personen und Sachen, welche allenfalls gute Vermuthungen gegen den bösen Vorsatz erzeugen, oder wenigstens denselben sehr ungewiß und zweifelhaft machen, doch immer noch bei weitem nicht hinreichen, um eine Unternehmung zu entschuldigen, wobei auch das geringste Versehen uns schon verantwortlich macht, und wobei selbst der Irrthum an sich noch keinesweges die Verbindlichkeit aufhebt, den Schaden zu ersetzen, den andere dadurch erlitten haben. Oder ist etwa der Anverwandte, die Obrigkeit, der Fiscus, und sein Anwald, der Geistliche, u. s. w., mehr, als sonst Jemand, berechtigt, andere zu beschädigen, und weniger verbunden, sich um dasjenige, was recht ist, zu bekümmern, oder sonst den verursachten Schaden zu ersetzen? — Es stehet vielmehr dahin, ob nicht, wenn ja dergleichen Verhältnisse hiebei in Betrachtung kommen könnten, gerade ihrentwegen die Erstattung der Kosten um so viel eher dem sachfälligen Theile auferlegt werden müßte, je gewisser es ist, daß der Anverwandte, welcher seinen nahen Blutsfreund in unnöthige Kosten setzet, imgleichen die Obrigkeiten,

die

die Fiscäle [17]) u. s. f., welche ihr Amt misbrauchen, weit weniger Nachsicht verdienen, als ein anderer. Ueberdem ist es **drittens** nicht allein wahre Ungerechtigkeit, sondern auch mit den nachtheiligsten Folgen verknüpft, wenn zumal den Obrigkeiten und Fiscälen hierin irgend etwas zu gute gehalten wird; indem dieses nicht nur Andern ein schädliches Beispiel giebt [18]), sondern

K auch

[17]) Da indessen dem gemeinen Wesen an der gehörigen Untersuchung und Bestrafung der Verbrechen gelegen ist, und gleichwol von den Urhebern derselben gemeiniglich alles mögliche angewandt wird, um die Entdeckung der That zu verhindern: so verstehet es sich von selbst, daß der Fiscal nur alsdann in die Kosten zu verurtheilen sei, wenn er ohne rechtliche Anzeigen und genugsamen Verdacht zur Anklage geschritten ist. Es hält auch der angeführte **Carrach** §. 6. nicht ohne Grund dafür, daß in dem Falle einer solchen widerrechtlich veranstalteten Untersuchung der Beschädigte die Wahl habe, ob er den Angeber, oder den Richter selbst, der Kosten halber in Anspruch nehmen wolle; und daß es den letztern nicht schütze, wenn er etwa die Untersuchung auf Gefahr des Angebers verstattet hätte, weil ihm solches nicht Befugniß zur Ungerechtigkeit gäbe.

[18]) CICERO de legibus Lib. 3. c. 14.: Nec enim

tantum

auch den Schein einer geringern Abhängigkeit jener Personen von den Gesetzen mit sich führet, und eben dadurch das Ansehen der letztern schwächet. **Viertens**: Eine jede Vermuthung, mithin auch diejenige, welche man nach den obgedachten persönlichen Verhältnissen für den verlierenden Theil hier antreffen will, muß nicht nur der Wahrheit, sondern auch stärkern und nähern Vermuthungen, weichen. Zu den letztern gehört aber unstreitig die dringende Vermuthung, welche zunächst aus der Handlung dessen entspringt, der eine ungerechte Sache vor Gericht verfochten hat, und daher sachfällig geworden ist. Hiergegen kann das persönliche Verhältniß, und der sonstige gute Ruf dem verlierenden Theile eben so wenig zu statten kommen, als ihn die günstige Aussage eines oder mehrerer Zeugen, imgleichen was ihm sonst von andern aussergerichtlich vorgebildet worden ist, an sich schon entschuldigen mag; wenn doch in der Folge alles dieses von keinem rechtlichen Gewichte befunden wird, und die Sache selbst nicht von der

Be-

tantum mali est, peccare principes (quamquam est magnum hoc per se malum), quantum illud, *quod per multi imitatores principum existant, plusque exemplo, quam peccato nocent.*

Beschaffenheit ist, daß er sich auf rechtsbeständige Art auf einen schuldlosen Irrthum berufen kann. Da nun endlich **fünftens** der Richter ein für allemal schuldig ist, die Parteien und deren Angelegenheiten so zu behandeln, wie es die Acten mit sich bringen, und da dieses in Ansehung der Hauptsache, worüber gestritten wird, kein Bedenken leidet; so versteht es sich auch wohl von selbst, daß bei den Proceßkosten die nämliche Regel der Entscheidung beobachtet werden müsse. Es mag also über den gegenwärtigen jüngsten Besitz, oder sonst über jeden andern Gegenstand geurtheilet werden; so ist ja doch der sachfällige Theil den Acten nach allemal derjenige, welcher in dem **bisherigen Streite, und in dem Punkte, wovon in dem Ausspruche des Richters die Rede ist,** Unrecht gehabt hat. Er muß also, wenn ihn nicht selbst **die Acten, in Rücksicht auf diesen Gegenstand,** rechtlich entschuldigen, allezeit in die Kosten verurtheilt werden.

§. 14.

Nichts ist gewöhnlicher, als daß die Proceßkosten gegen einander verglichen und aufgehoben

werden, wenn das Urtheil auf eine vermischte Weise, theils für die eine, theils für die andere Partei ausfällt, insbesondere wenn der Kläger zuviel gefordert, und der Beklagte nicht bloß das Uebermäßige, sondern die ganze Forderung abgeleugnet hat. Im ganzen betrachtet, ist dieß auch nicht ohne Grund, wie die Natur der Sache ergiebt. Inzwischen glaube ich doch, daß man auch in diesen Fällen häufig mit der Compensation der Kosten zu freigebig sei. Schon **Leyser** hat bemerkt, daß derjenige, welcher in der Hauptsache den Proceß verlohren hat, gar wol in die Kosten verurtheilt werden könne, ob er gleich in einem oder dem andern Nebenpunkte obgesiegt hätte [1]). Man fügt auch noch die Einschränkung hinzu, daß in Fällen dieser Art die Kosten nicht immer schlechthin zu vergleichen, sondern nach Verhältniß zu vertheilen sind, wenn die Streitpunkte, worin Jemand obgesieget hat, ohne beträchtlichen Aufwand ausgemacht, hingegen die Kosten der frevelhaft verfochtenen Streitpunkte sehr überwiegend sind [2]).

Nach

[1]) LEYSER Spec. 88. M. 4.

[2]) CARPZOV Proc. Tit. 24. Art. 1. n. 20. **Claproth** ordentl. Proceß. §. 230. **Oeltze** gerichtl.

Nach gewissen allgemeinen Grundsätzen dürfte sich aber die Sache wol noch etwas genauer berichtigen lassen. Und wir müssen um so mehr darauf zurückgehen, weil überdem dadurch theils der etwas paradox klingende Satz, daß auch bisweilen der obsiegende Theil in die Kosten verurtheilt werden könne [3]), und theils auch das eigentliche Object der Kosten-Erstattung überhaupt die gehörige Erläuterung erhalten wird. **Erstlich:** Niemand kann einen Schaden ersetzt verlangen, wozu er durch seine eigene Schuld die Gelegenheit gegeben, oder mit beigetragen hat. Er muß selbst darunter leiden; nie ein anderer — **Zweitens:** Wer Schaden erlitten hat, kann zwar dessen Vergütung fordern, und Niemand vermag, ihm, wider seinen Willen, dieses erworbene Recht zu entziehen; er muß aber auch seiner Seits für den Schaden gleichfalls haften, den er andern durch un-

richtl. Praxis, §. 238. Doch behauptet SEYFARTH de Compensatione expensarum Cap. 2. §. 12. das Gegentheil.

3) LEYSER de condemnatione victoris in expensas; Meditat. ad Pand. Spec. 89. F. G. LOESCHER Dissert. sist. Paradoxon praxeos, victorem in expensas condemnatum, Erford. 1708.

ungebührliche Handlungen zugezogen hat; weshalb eine Abrechnung gegenseitiger Beschädigungen Statt findet. **Drittens:** Es kann aber sowol bei dieser Abrechnung, als auch überhaupt bei der Bestimmung eines zu vergütenden Schadens, lediglich nur der Verlust in Betracht kommen, welcher wirklich selbst durch die ungebührliche Handlung eines andern verursacht worden ist, und daher demselben zur Last fällt. Aus diesen unleugbaren Grundsätzen folgt natürlich, 1) daß überhaupt die Proceßkosten in so fern gegen einander aufzuheben sind, als beide Theile dergleichen durch ihr Verschulden verursacht haben *). Das letztere ist aber

*) L. fin. §. penult. D. de eo per quem factum erit quomin. in iud. L. 36. D. de dolo malo. L. 57. §. ult. de contrah. Emt. Vend. L. 10. D. de Compensat. *Ant.* FABER Error. pragmat. Dec. 19 C. 6. findet überhaupt nur in diesem Falle den Ausdruck: *compensatio expensarum*, der Sache angemessen. In den übrigen Fällen sollte es heissen: nullum expensarum condemnationi locum esse. Genau genommen, hat er wol Recht. Indessen ist jener Ausdruck in der uneigentlichen Bedeutung durch den Redegebrauch einmal allgemein eingeführt, und der Streit um bloße Worte gar nicht der Mühe werth. Die Meinung des SEYFARTH de Comp. Expens. Cap. I. §. XI.,

aber nicht durchgängig und ohne weitern Unterschied sogleich anzunehmen, wenn das Erkenntniß theils für die eine, theils für die andere Partei ausfällt, wenn jemand in der Klage obsiegt, und in der Widerklage verliert, wenn der Kläger zu viel gefordert hat u. d. m.; sondern die Natur der Sache ergiebt, daß es in diesen Fällen auf zwei Dinge ankomme; **Einmal:** ob derjenige, welcher sonst in der Sache obgesiegt hat, in den andern Puncten, welche wider ihn entschieden sind, seinem Gegner wirklich besondere Kosten verursachet habe [f])? Und wenn dieses ist: So muß zwei-

§. XI., daß man darauf Rücksicht nehmen müsse, ob auch beide Theile im gleichen Grade fahrlässig zu Werke gegangen wären, scheint mir unrichtig; weil auch das geringste Versehen (culpa leuissima) hier schon sowol, als die gröbste Unachtsamkeit, zur Schadensersetzung verbindet. Ein anders ist es freilich, wenn das beiderseitige Versehen in Ansehung der Größe des Schadens verschieden ist.

[f]) § 33. fin. I. de actionib. in den Worten: *Si quod forte damnum ex hac causa acciderit ei, contra quem plus petitum fuerit.* Daher auch derjenige, welcher in der Hauptsache unterliegt, mit Recht in die Kosten verurtheilt wird, wenn er gleich in einigen Neben-Puncten gewinnet, welche

zweitens untersucht werden, was bei jedem der einzelnen Puncte, welche theils für die eine, theils für die andere Partei entschieden werden, an sich betrachtet in Ansehung der Kosten Rechtens sei? Das Erstere ist bereits, wie gesagt, von verschiedenen Rechtslehrern hiebei erinnert worden; auf das zweite hat man aber keine Rücksicht genommen. Und manche Richter haben überhaupt die üble Gewohnheit, sich die Sache so bequem zu machen, daß sie, ohne auf das eine oder das andere weiter zu achten, sogleich, wenn der Kläger nicht durchaus in allen Punkten gewinnet, die sämtlichen Proceßkosten vorzüglich aus dem Grunde, weil solche nicht füglich zu theilen wären, gegen einander compensiren; da doch häufig die auf jeden Punkt aufgegangene Kosten sich wenigstens großentheils recht gut besonders bestimmen lassen. Z. B. wenn das Honorarium der Advocaten für die schriftlichen Vorträge überhaupt nach Bogenzahl taxirt wird [6]), oder wol gar ganze

che, wie Leyser a. a. O. sich ausdrückt, „keine neue und absonderliche Kosten, die nicht auch „sonst hätten aufgewendet werden müssen, verur„sachet haben.

[6]) Wiewol gegen diesen Gebrauch manches mit Recht zu

ganze schriftliche Verhandlungen, Zeugen-Verhöre, oder sonstige gerichtliche Termine bloß einen gewissen einzelnen Punkt betreffen, u. s. w. Man setze nun den Fall, daß die Klage-Sache wider den Beklagten dergestalt ausfällt, daß er billig in die Kosten zu verurtheilen ist, hingegen in der Widerklage gewinnet er zwar, jedoch so, daß die Proceßkosten eigentlich den Rechten nach dabei zu vergleichen sind: so ist es offenbar ungerecht, wenn die Kosten durchgängig compensirt werden, da dieses doch nur in Ansehung der Widerklage geschehen kann, und Beklagter übrigens in die Kosten der Conventions-Sache verurtheilt werden muß. Dies sollte aber allemal, wenn über mehrere Punkte, sowol für den einen als auch für den andern Theil, erkannt wird, beobachtet, und immer zuvörderst untersucht werden: ob der streitende Theil, gegen den das Erkenntniß ausfällt, in dieser Hinsicht, an sich betrachtet, die Verurtheilung in die Kosten verdient habe, oder nicht. Alsdenn

 sind

zu erinnern ist. Man sehe Elsässer, von den schädlichen Folgen des Gebrauchs, die Aufsätze der Consulenten, Sachwalter, Procuratoren rc. nach einer den Bogen nach bestimmten Taxe zu bezahlen; in den gemeinnützigen Beobachtungen rc. 1. B. Seite 31. f.

sind die Proceßkosten, welche der eine Theil in gewisser Hinsicht ersetzt verlangen kann, mit denen verhältnißmäßig abzurechnen, welche ihm wegen anderer Punkte, worin er sachfällig geworden ist, den Rechten nach wirklich zur Last fallen. Nie aber kann etwas zur Compensation gezogen werden, was man mit Recht von dem andern nicht fordern kann. Diese Bestimmungsart liegt dergestalt in der Natur der Sache, daß die Richter unstreitig verbunden sind, überall danach zu verfahren, wo nur eine verhältnißmäßige Theilung der Kosten in Ansehung verschiedener Streitpunkte irgend möglich ist. Uebrigens enthält auch die bloße Zuvielforderung von Seiten des Klägers an sich noch keinen Grund, den Beklagten deshalb immer vom Ersatze der Kosten frei zu sprechen. Es wäre denn, a) daß Beklagter dasjenige, was dem Kläger am Ende zuerkannt ist, sogleich eingeräumet hätte; in welchem Falle selbst der Kläger in die Kosten verurtheilet werden muß, weil er in dem eigentlichen Streite verloren hat; woraus beiläufig erhellet, daß dieser Fall ganz unrichtig zu denen gerechnet werde, wo der obsiegende Theil die Kosten bezahlen muß; oder b) daß dem Beklagten, welcher widerrechtlich die

ganze

ganze Foderung geleugnet hatte, gleichwol durch dasjenige, was dem Kläger in der Folge abgesprochen ist, noch mehrere Kosten, als er sonst gehabt haben würde, verursachet wären, da denn eine verhältnißmäßige Compensation der Kosten Statt findet. Ausser diesen Fällen leidet die Verurtheilung des Beklagten zur Bezahlung der Kosten kein Bedenken [7]). Mehrere Folgen aus den obigen Grundsätzen darf ich nur kurz berühren, weil sie übrigens von andern bereits ausführlich abgehandelt sind; nämlich II) daß selbst der obsiegende Theil diejenigen Kosten zu ersetzen verbunden sei, welche er durch sein eigenes Vergehen, durch Ungehorsam, vorsätzliche Widerrechtlichkeit, oder Schuld verursachet hat [8]), oder die doch seinetwegen

7) I. WVNDERLICH Diss. sist. theoriam et vsum practicum doctrinae de pluris petitione Rintel. 1761. SEYFARTH de compensat. expensar., Cap. 2. §. 12. LEYSER Spec. 88. M. 4. Oeltze Anleit. zur gerichtl. Praxis, §. 288. not. p. 289. n. 3.

8) Oeltze §. 289. und 90. BROCKES Select. obseruat. Argum. 598. Auf die Contumacial-Kosten, welche dem obsiegenden Theile allezeit zur Last fallen, sollte von Gerichts wegen die genaueste Rücksicht genommen werden. Man hat Beispiele

gen durch Auftritte veranlasset sind, welche wenigstens dem Gegner nicht nachtheilig werden können *). Indessen glaube ich, in den besondern Rechts-Sachen, wo **Leyser** und andere eine Verurtheilung des Siegers in die Kosten antreffen wollen, eine gedoppelte Unrichtigkeit bemerkt zu haben, die ich der weitern Prüfung des Lesers anheim gebe. **Einmal** sind manche Fälle als Beispiele angeführet, welche offenbar nicht dahin gehören. Ein ganz gewöhnlicher Fehler solcher Schriften, welche Anomalien zum Gegenstande haben. Ich habe schon vorhin bei Gelegenheit der

spiele, daß die Advocaten sich gegenseitig diese Kosten erlassen, wol aber ihren Parteien solche zur Rechnung bringen. Dergleichen Vereinbarung, welche die Verschleppung der Rechtshändel noch mehr befördert, ist ungerecht, und sollte geahndet, hiernächst aber jeder Sachwalter angehalten werden, seine Partei, wegen der Kosten, die durch seine Versäumniß entstanden sind, zu entschädigen. Es ist Pflicht der Gerichte, hierauf, so viel möglich, von Amts wegen Rücksicht zu nehmen, zugleich aber auch selbst durch unverzögerte Justizpflege ein gutes Beyspiel zu geben. **Hymmen** Beiträge zur neuesten jurist. Litterat. 2te Samml. Seite 180.

*) LEYSER Spec. 89. Med. 6. f.

der Zuvielforderung diesen Misbrauch gerüget, und setze nur noch hinzu, daß, genau betrachtet, von dem Beklagten, welcher während des Processes die ganze Forderung des Klägers gutwillig bezahlet, jedoch die Kosten gleichfalls erstatten muß [10]), wol nicht behauptet werden könne, daß er diese als obsiegender Theil bezahle. **Zweitens.** Man hat in den Fällen, wo der gewinnende Theil die Proceßkosten erstatten soll, weil er durch seine Schuld die erste Veranlassung zu dem Rechtsstreite gegeben hat, die wichtige Frage beinahe ganz ausser Acht gelassen: ob auch die wirkliche Proceßführung und deren Fortgang dem andern Theile gar nicht zur Last falle? Wenn daher auf die Erfüllung eines an sich ungültigen Contracts geklaget wird, wozu aber der klagende Theil aus Unwissenheit von dem Beklagten verleitet ist: so beruhet die Entscheidung des Kostenpunkts nicht

so

[10]) Welches von einem Jeden gilt, der dem bisherigen Streite freiwillig entsagt, wenn nicht aus den Acten deutlich erhellet, daß ihm wegen der Proceßführung nichts zur Last zu legen sei. REBHAHN de expensis th. 30. MEV. P. 8. Dec. 67. LEYSER a. a. O. Med. II. **Gmelin** und **Elsässer** gemeinnützige Aufsätze, 3. B. Seite 225.

so wol darauf, ob der Kläger bei Schliessung des Handels sich in einer schuldlosen Unwissenheit befunden habe, als vielmehr darauf, ob er sich eben damit auch in Ansehung der wirklich angestellten Klage, und zumal in Rücksicht auf die Fortsetzung des Streits annoch entschuldigen könne; indem er ja sonst die Kosten der ihm zur Last fallenden **Proceßführung** unstreitig bezahlen muß. In diesem Betrachte scheint auch in einem andern Falle, welchen **Leyser** Spec. 89. M. 9. vorträgt, die dortige Entscheidung in Ansehung der Kosten sehr bedenklich; indem III. der verlierende Theil, wenn er anfänglich zwar gerechte Entschuldigungsgründe in Ansehung der Proceßführung vor sich gehabt hat, dennoch von der Zeit an, da er billig vom Gegentheile überzeugt sein konnte und mußte, mit Recht in die Kosten verurtheilet wird [11]. IV) Wie nun übrigens der Richter denjenigen Theil, den er dazu schuldig findet, schon von Amts wegen, in die Kosten verurtheilen kann und muß [12]; so versteht es sich auch von selbst, V) daß diese Verurtheilung, wenn sie auch unter den

[11]) MEVIUS P. 8. Dec. 490.

[12]) REINHARTH a. a. O. §. 39. 40. LAUTERBACH de expensis th. 39. f.

den allgemeinen Ausdrücken, der **sämtlichen Kosten**, geschehen sein sollte [13]), dennoch nur diejenigen Kosten betreffe, welche der schuldige Theil wirklich durch die widerrechtliche Proceßführung dem andern verursachet hat, folglich nur dasjenige, was dem letztern an **nothwendigen Kosten** (§. 1.) entgehet [14]). Daher darf nicht vergütet werden, was dem obsiegenden Theile von andern, z. B. den Gerichtspersonen, ungebühklich abgefordert ist, noch weniger, was er sonst an willkührlichen Kosten (§. 1.) ausgegeben hat. [15]).

[13]) RIVINVS *Enunc. iur.* Tit. 36. Argum. 28.

[14]) Wohin jedoch den Rechten, und der Billigkeit nach, auch das Honorarium eines Advocaten, welcher in seiner eignen Sache obgesiegt hat, allerdings gehöret; obgleich verschiedene Rechtslehrer das Gegentheil behaupten, welche von *Ioh. Geo.* KOCH Dissert. de aduocatis eorumque salario in propria causa, Erford. 1727. Cap. 3., und **Joh. Christ. Quistorp in Beyträgen über verschiedene Rechtsmaterien**, 2te Ausg. Nr. 6. gründlich widerlegt sind.

[15]) LAVTERBACH a. a. O. th. 53 — 57. PESTEL de Expensis §. 4. f. CRAMER Obseruat. iur. univ. T. I. Argum. 407. HORN in Sentent. et resp. Cl. 12. S. 4. N. 1.

Adolph Dieterich Weber,

B. R. D.

Beiträge

zu

der Lehre

vom stillschweigenden

Konventional-Pfandrechte.

Schwerin, Wismar und Bützow,

in der Boednerschen Buchhandlung.

1783.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorerinnerung.

Gegenwärtige Abhandlungen sind einer praktischen Materie des Civil-Rechts gewidmet, welche meiner Meinung nach, in ihrem ganzen Umfange noch nicht so entwickelt ist, als die Wichtigkeit derselben es wol verdienet. In den Lehrbüchern der bürgerlichen Jurisprudenz herrscht davon zum Theil ein tiefes Stillschweigen, zum Theil nur beiläufige Erwähnung. Und gleichwol erfordert die Sache schon ihrer Natur nach eine sorgfältige Prüfung, ie leichter es möglich ist, da, wo der Parteien ausdrückliche Verabredung fehlt, und der consensus tacitus ausgemittelt werden soll, einen Irrtum zu begehen, wodurch entweder den Rechten des Gläubigers geschadet, oder dem Schuldner, vielleicht auch gar einem Dritten man-

cher Nachtheil aufgebürdet wird. Unsere Gesetze weisen freilich den Richter dahin an, daß er bei Bestimmung des Pfandrechts und dessen Wirkung mehr auf die Intention der Kontrahenten, als auf blosse Worte Rücksicht zu nehmen hätte. L. 9. C. *quae res pignori*, ubi: Quum sit iustum, voluntatem contrahentium magis, quam verborum conceptiones inspicere. Allein wenige Ausleger haben sich die Mühe genommen, hierüber etwas näher ins Detail zu gehen; und wer die Abhandlung des **Hert** de pignore conventionali tacito mit Aufmerksamkeit durchgelesen, der wird sehr bald gefunden haben, wie viel diesem Schriftsteller noch unbemerkt geblieben. Er sowol, als die übrigen Juristen, welche diese Materie in ihren Schriften nicht ganz übergangen sind, haben die Sache immer noch zu einseitig behandelt, indem sie sich nur darauf be-

schränk-

schränkten, solche Fälle zu Kompiliren, da der stillschweigende Konsens den eigentlichen Entstehungsgrund des Pfandrechts abgiebt. Dies ist freilich der vorzüglichste Gegenstand, worauf es in dieser Materie ankömmt; allein er darf den zweiten Gesichtspunkt, welcher hier gleichfalls in Betrachtung kommt, nicht ausschließen; die Frage nämlich: in wie ferne Wirkung und Umfang eines erteilten Pfandrechts nach der wahren, obgleich nicht wörtlich erklärten Absicht der Parteien, bald zu erweitern, bald aber einzuschränken? Das andre und dritte Stück dieser Schrift liefern davon Beispiele.

In unserm Zeitalter, wo bereits verschiedene einzelne Gegenstände des bürgerlichen Rechts in besondern Werken erörtert sind, entschliesset sich nunmehro vielleicht ein Gelehrter, auch diese Materie vollständig zu bearbeiten, und dasjenige zu ergänzen, was dem Hert so-

wol in der Anlage, als auch in der Abhandlung selbst noch abgehet. Soviel die gegenwärtige Arbeit anbetrift: so gebe ich nur Beyträge, deren Innhalt aber unstreitig zum Plane des Ganzen mit gehöret. Das erste Stück derselben ist bereits 1781. bei Gelegenheit meiner Akademischen Vorlesungen im Druck erschienen, jedoch durch den ordentlichen Weg des Buchhandels nicht bekannt gemacht worden. Kenner haben inzwischen diese Abhandlung einer guten Aufnahme gewürdigt, und dadurch bin ich veranlasset, solche mit verschiedenen Zusätzen anderweitig heraus zu geben. Die beiden folgenden Stücke unterwerfe ich nunmehro gleichfalls der Prüfung des gelehrten Publikums, dessen Beifall ich hoch schätze, dessen bescheidene und gründliche Belehrung mir aber auch nie unangenehm sein kann. Rostock, den 31sten März, 1783.

Inn-

Innhalt.

I.

Versuch über den wahren Sinn der *Leg.* **5. C.** *de locato conducto.*

§. 1. Vom stillschweigenden Pfandrechte des Verpachters und Vermieters überhaupt, und der dazu nötigen Bestimmung des Unterschiedes inter praedium vrbanum et rusticum

§. 2. Die Worte der L. 5. C. de Loc. cond. mit der Erklärung des Accursius und anderer Ausleger.

§. 3. Widerlegung dieser Explikation.

§. 4. Die Meinung des Cujaz und der mehrsten Juristen über den Sinn dieser Worte.

§. 5 u. 6. Wird auch als unzulänglich dargestellet.

§. 7. Herrn Prof. Püttmanns Interpretation, wogegen

§. 8. Verschiedenes erinnert wird.

§. 9. 10. 11. Vorbereitung zu einer andern Erklärung.

§. 12. 13. Der wahre Sinn des Gesetzes leuchtet aus dem Innhalt desselben klar hervor.

§. 14. Fernere Bestätigung dieser Erklärung.

§. 15 u. 16. Was die Anwendung des Gesetzes eigentlich erfordert; und in welchen Fällen sie cessiret.

II.

Vom *pignore tacito subsidiario,* **oder der Stillschweigenden Willenserklärung der Kontrahenten bei Verbindung einer besondern Hypothek mit**

so wol darauf, ob der Kläger bei Schliessung des Handels sich in einer schuldlosen Unwissenheit befunden habe, als vielmehr darauf, ob er sich eben damit auch in Ansehung der wirklich angestellten Klage, und zumal in Rücksicht auf die Fortsetzung des Streits annoch entschuldigen könne; indem er ja sonst die Kosten der ihm zur Last fallenden **Proceßführung** unstreitig bezahlen muß. In diesem Betrachte scheint auch in einem andern Falle, welchen **Leyser** Spec. 89. M. 9. vorträgt, die dortige Entscheidung in Ansehung der Kosten sehr bedenklich; indem III. der verlierende Theil, wenn er anfänglich zwar gerechte Entschuldigungsgründe in Ansehung der Proceßführung vor sich gehabt hat, dennoch von der Zeit an, da er billig vom Gegentheile überzeugt sein konnte und mußte, mit Recht in die Kosten verurtheilet wird [11]. IV) Wie nun übrigens der Richter denjenigen Theil, den er dazu schuldig findet, schon von Amts wegen, in die Kosten verurtheilen kann und muß [12]; so versteht es sich auch von selbst, V) daß diese Verurtheilung, wenn sie auch unter den

[11]) MEVIVS P. 8. Dec. 490.

[12]) REINHARTH a. a. O. §. 39. 40. LAVTERBACH de expensis th. 39. f.

den allgemeinen Ausdrücken, der **sämtlichen Kosten**, geschehen sein sollte [13]), dennoch nur diejenigen Kosten betreffe, welche der schuldige Theil wirklich durch die widerrechtliche Proceßführung dem andern verursachet hat, folglich nur dasjenige, was dem letztern an **nothwendigen Kosten** (§. 1.) entgehet [14]). Daher darf nicht vergütet werden, was dem obsiegenden Theile von andern, z. B. den Gerichtspersonen, ungebührlich abgefordert ist, noch weniger, was er sonst an willkührlichen Kosten (§. 1.) ausgegeben hat. [15]).

[13]) RIVINVS *Enunc. iur.* Tit. 36. Argum. 28.

[14]) Wohin jedoch den Rechten, und der Billigkeit nach, auch das Honorarium eines Advocaten, welcher in seiner eignen Sache obgesiegt hat, allerdings gehöret; obgleich verschiedene Rechtslehrer das Gegentheil behaupten, welche von *Ioh. Geo.* KOCH Dissert. de aduocatis eorumque salario in propria causa, Erford. 1727. Cap. 3., und Joh. Christ. **Quistorp in Beyträgen über verschiedene Rechtsmaterien**, 2te Ausg. Nr. 6. gründlich widerlegt sind.

[15]) LAVTERBACH a. a. O. th. 53 — 57. PESTEL de Expensis §. 4. f. CRAMER Observat. iur. univ. T. I. Argum. 407. HORN in Sentent. et resp. Cl. 12. S. 4. N. 1.

Weber, Adolph Dietrich,

Über die Proceßkosten, deren Vergütung und Compensation

Schwerin u.a. 1798

J.pract. 317
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10554844-1
VD18 14766019-001